

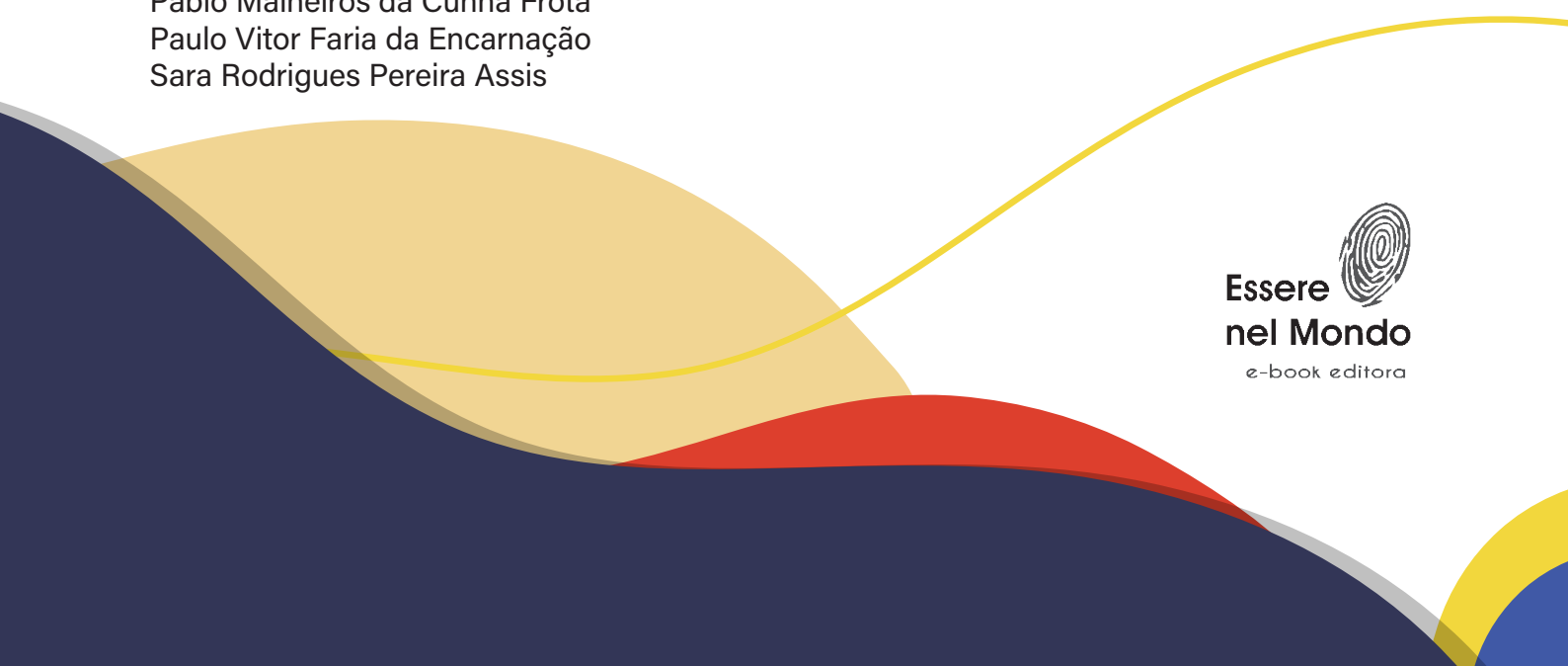


LUCAS ABREU BARROSO

DIREITO CIVIL PROSPECTIVO

Coautores

Brigida Roldi Passamani
Daniella Gonçalves Stefanelli
Karoline Tavares Vitali
Lorenzo Caser Mill
Lucas Rodrigues Lima
Manuela Coutinho Costa
Maria Júlia Ferreira Mansur
Pablo Malheiros da Cunha Frota
Paulo Vitor Faria da Encarnação
Sara Rodrigues Pereira Assis



Essere 
nel Mondo
e-book editora

LUCAS ABREU BARROSO

DIREITO CIVIL PROSPECTIVO

Coautores

Brigida Roldi Passamani
Daniella Gonçalves Stefanelli
Karoline Tavares Vitali
Lorenzo Caser Mill
Lucas Rodrigues Lima
Manuela Coutinho Costa
Maria Júlia Ferreira Mansur
Pablo Malheiros da Cunha Frota
Paulo Vitor Faria da Encarnação
Sara Rodrigues Pereira Assis

1ª edição

Santa Cruz do Sul


**Essere
nel Mondo**
e-book editora

2023

CONSELHO EDITORIAL

- Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa - Direito - UFSC e UNIVALI/Brasil
- Prof. Dr. Alvaro Sanchez Bravo - Direito - Universidad de Sevilla/Espanha
- Prof. Dr. Argemiro Luís Brum - Economia - UNIJUI/Brasil
- Prof. Dr. Carlos M. Carcova - Direito - UBA/Argentina
- Prof^a. Dr^a. Caroline Müller Bitencourt - Direito - UNISC/Brasil
- Prof. Dr. Demétrio de Azeredo Soster - Ciências da Comunicação - UNISC/Brasil
- Prof. Dr. Eduardo Devés - Direito e Filosofia - USACH/Chile
- Prof. Dr. Eligio Resta - Direito - Roma Tre/Itália
- Prof^a. Dr^a. Gabriela Maia Rebouças - Direito - UNIT/SE/Brasil
- Prof. Dr. Gilmar Antonio Bedin - Direito - UNIJUI/Brasil
- Prof. Dr. Giuseppe Ricotta - Sociologia - SAPIENZA Università di Roma/Itália
- Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho - Direito - UERJ/UNESA/Brasil
- Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet - Direito - PUCRS/Brasil
- Prof. Dr. Ismael Francisco de Souza - Direito - UNESC/Brasil
- Prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck - Direito - UNISC/Brasil
- Prof. Dr. João Pedro Schmidt - Ciência Política - UNISC/Brasil
- Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes - Direito - FDV/Brasil
- Prof^a. Dr^a. Kathrin Lerrer Rosenfield - Filosofia, Literatura e Artes - UFRGS/Brasil
- Prof^a. Dr^a. Katia Ballacchino - Antropologia Cultural - Università del Molise/Itália
- Prof^a. Dr^a. Lilia Maia de Moraes Sales - Direito - UNIFOR/Brasil
- Prof. Dr. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão - Direito - Universidade de Lisboa/Portugal
- Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier - Direito - UNIPAR/Brasil
- Prof. Dr. Maiquel Angelo Dezordi Wermuth - Direito - UNIJUI/Brasil
- Prof^a. Dr^a. Nuria Belloso Martín - Direito - Universidade de Burgos/Espanha
- Prof. Dr. Sidney César Silva Guerra - Direito - UFRJ/Brasil
- Prof^a. Dr^a. Silvia Virginia Coutinho Areosa - Psicologia Social - UNISC/Brasil
- Prof. Dr. Ulises Cano-Castillo - Energia e Materiais Avançados - IIE/México
- Prof^a. Dr^a. Verônica Teixeira Marques de Souza - Ciências Sociais - UNIT/Brasil
- Prof^a. Dr^a. Virgínia Appleyard - Biomedicina - University of Dundee/ Escócia

COMITÊ EDITORIAL

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

Todos os direitos são reservados. Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida por qualquer meio impresso, eletrônico ou que venha a ser criado, sem o prévio e expresso consentimento da Editora. A utilização de citações do texto deverá obedecer as regras editadas pela ABNT. As ideias, conceitos e/ou comentários expressos na presente obra são criação e elaboração exclusiva do(s) autor(es), não cabendo nenhuma responsabilidade à Editora.

D598 Direito civil prospectivo [recurso eletrônico] / Lucas Abreu Barroso...
 [et al.] – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2023.

147 p.

Texto eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web.

1. Direito civil. 2. Defesa do consumidor. 3. Direito de família. 4.
Direito econômico. I. Barroso, Lucas Abreu

CDD-Dir: 342.1

ISBN: 978-65-5790-070-3

Bibliotecária responsável: Fabiana Lorenzon Prates - CRB 10/1406

Catálogo: Fabiana Lorenzon Prates

Revisão linguística: Sidney Wanderley de Lopes Lima

Normalização e padronização: Ricardo Bibiano Dias

Diagramação: Daiana Stockey Carpes

Esta capa foi desenhada usando recursos do Freepik.com



SUMÁRIO

Capítulo 1 – O código civil de 2002, a função social do contrato e a declaração de direitos de liberdade econômica <i>Lucas Abreu Barroso, Pablo Malheiros da Cunha Frota e Daniella Gonçalves Stefanelli</i>	7
Capítulo 2 – O (des)encaixe das teorias do consumo na realidade brasileira <i>Lucas Abreu Barroso e Lucas Rodrigues Lima</i>	20
Capítulo 3 – A proteção jurídica à livre formação da personalidade na sociedade de consumo <i>Lucas Abreu Barroso e Brígida Roldi Passamani</i>	33
Capítulo 4 – A gratuidade da justiça para menor de idade em ação de alimentos <i>Lucas Abreu Barroso e Sara Rodrigues Pereira Assis</i>	46
Capítulo 5 – Agências reguladoras, Resolução n. 400 da ANAC e o desvio produtivo do consumidor <i>Lucas Abreu Barroso e Maria Júlia Ferreira Mansur</i>	59
Capítulo 6 – Novas tecnologias de determinação da paternidade e início do prazo prescricional na ação de petição de herança <i>Lucas Abreu Barroso e Lorenzo Caser Mill</i>	73
Capítulo 7 – O Enunciado n. 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, as cláusulas abusivas e a juridicidade consumerista <i>Lucas Abreu Barroso e Paulo Vitor Faria da Encarnação</i>	84

Capítulo 8 – Alienação fiduciária de bens móveis (automóveis) e o saldo residual na ação de busca e apreensão <i>Lucas Abreu Barroso e Manuela Coutinho Costa</i>	100
Capítulo 9 – O terceiro de boa-fé diante do cancelamento do título de propriedade no direito brasileiro <i>Lucas Abreu Barroso, Brígida Roldi Passamani e Karoline Tavares Vitali</i>	117
Capítulo 10 – Os alimentos avoengos diante do reconhecimento da socioafetividade e da multiparentalidade <i>Lucas Abreu Barroso e Daniella Gonçalves Stefanelli</i>	124
Sobre os autores	143

O CÓDIGO CIVIL DE 2002, A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA¹

Lucas Abreu Barroso
Pablo Malheiros da Cunha Frota
Daniella Gonçalves Stefanelli

SUMÁRIO: 1 O Código Civil de 2002 e os princípios sociais dos contratos: a função social. 2 A inovação e a inquietação provocada pelo princípio da função social do contrato. 3 Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e desafios ao princípio da função social do contrato. 4 Referências.

1 O Código Civil de 2002 e os princípios sociais dos contratos: a função social

É perceptível a opção do Código Civil brasileiro de 2002 pelos *princípios*², o que, por óbvio, inclui o direito dos contratos. Paulo Lôbo classifica os princípios contratuais em *individuais* e *sociais*.³ Os individuais, baseados no “modelo de contrato que se desenhou durante a hegemonia do individualismo liberal, corporificando nas codificações a concepção iluminista da autodeterminação individual”⁴, a saber:

1 Texto originalmente publicado em português em: BARROSO, L. A.; FROTA, P. M. C.; STEFANELLI, D. G. O código civil de 2002, a função social do contrato e a declaração de direitos de liberdade econômica. In: GALLARDO, Leonardo B. Pérez; PISA, Marcelo Amorín (org.). *El derecho contractual en la clave constitucional*. Santiago, Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2021. p. 217-227.

2 LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 54.

3 LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 55.

4 LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 55.

autonomia privada negocial, força obrigatória e relatividade dos efeitos do contrato. Os sociais, “correspondentes ao modelo do constitucionalismo social”⁵, são: função social, boa-fé objetiva e equivalência material.

Cumpre, desde logo, esclarecer como os autores compreendem os princípios jurídicos. A partir da tese da *descontinuidade*⁶, para além de seu deslocamento dos códigos de inspiração oitocentista para as constituições da tradição do segundo pós-guerra e do reconhecimento de sua normatividade, “os princípios jurídico-constitucionais se caracterizam por instituir o mundo prático no Direito”⁷.

Tal institucionalização impõe ao juiz o dever de decidir “de forma adequada”⁸. Assim, “a normatividade assumida pelos princípios possibilita um ‘fechamento interpretativo’ próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais”⁹. Ainda, a normatividade “retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade”¹⁰.

Assim, os princípios “são vivenciados (‘faticizados’) por aqueles que participam da comum-unidade política e que determinam a formação de uma sociedade”. Daí exsurge a sua constitucionalidade.¹¹ E, por isso, os princípios são deontológicos: “um padrão decisório que se constrói historicamente e que gera um dever de obediência nos momentos posteriores”¹².

Com efeito, os princípios “não podem ser criados *ad hoc*, sem vínculos históricos, pois não são passíveis de um controle intersubjetivo de seus sentidos juridicamente possíveis”¹³. Dessa forma, devem refletir “um sentido constitucional reconhecido em nossa comunidade de modo vinculante, ainda que passível de exceções”¹⁴.

Uma destacada característica dos princípios é a transcendência (“atravessamento

5 LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 55.

6 Segundo ela propõe, os princípios constitucionais (princípios pragmático-problemáticos) superaram o significado de princípios gerais do direito enquanto conceito de princípio. *Vide* STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 93-95.

7 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 374.

8 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 374.

9 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 374.

10 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 374.

11 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 94-95.

12 STRECK, Lenio Luiz. Entrevista concedida a Pedro Canário: “Direito não pode ser corrigido por valores morais”. *Conjur*, São Paulo, 02 abr. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>. Acesso em: 21 nov. 2020. Complementa: “Isto é, os princípios funcionam pelo código lícito-ilícito. Nessa perspectiva, princípios são normas *stricto sensu*. São um ‘dever ser’. Não são meramente conselhos ou mandados de otimização. Ou seja, princípios não são valores. Dizendo de outro modo: tratar princípios teleologicamente é submeter direitos e garantias a um cálculo de custo e benefício, dispensando a sua obrigatoriedade e condicionando-os a pontos de vista parciais”.

13 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 374.

14 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 374.

da porosidade das regras”¹⁵. Um princípio é um princípio “em face daquilo que ele enuncia”¹⁶. Perceber o princípio faz com que ele “seja o elemento que termina desvelando-se e, ao mesmo tempo, ocultando-se na própria regra”¹⁷. Disso decorre que uma regra será sempre interpretada “em face do seu princípio instituidor”¹⁸.

O recurso aos princípios pelo Código Civil brasileiro de 2002 demonstrou a utilização de técnica legislativa avançada, embora se tenha deixado acorrentar pela concepção axiológica – concernente ao paradigma Estado Social de Direito.¹⁹ Dele resultaram os princípios informadores da vigente codificação civil: *eticidade, socialidade e operabilidade*.

A socialidade busca transpor o viés individualista e patrimonialista proposto pelo Código Civil brasileiro de 1916, por meio da prevalência dos interesses sociais em detrimento de interesses meramente individuais.²⁰ A previsão da função social do contrato (art. 421), da boa-fé objetiva (art. 422) e da equivalência material (arts. 423 e 424, entre outros) pelo Código Civil torna inequívoca a consagração da socialidade na contratualidade nacional.²¹

Paulo Lôbo ensina que

a compreensão que se tem hoje dos princípios sociais do contrato não é mais de antagonismo radical aos princípios individuais, pois estes como aqueles refletiram etapas da evolução do direito contratual e do próprio Estado moderno. No Estado social os princípios individuais são compatíveis quando estão orientados pelos princípios sociais, cuja prevalência se dá quando não são harmonizáveis, depois de tentada a interpretação conforme.²²

Fernando Noronha esclarece que a função social não é uma descoberta do Código Civil, tampouco privativa dos contratos: “todo direito tem uma função social,

15 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 375.

16 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 375.

17 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 375.

18 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 375.

19 SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. Os princípios informadores do novo código civil e os princípios constitucionais fundamentais: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 14, p. 49-54, abr. 2003; LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 64: “O firme propósito de trazer o CC/2002 ao contexto e à ideologia do Estado social foi destacado pelos autores do projeto, nomeadamente por Miguel Reale, quando se refere à diretriz de ‘socialidade’, que o teria informado”.

20 SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. Os princípios informadores do novo código civil e os princípios constitucionais fundamentais: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 14, p. 49-54, abr. 2003: “Metodologicamente, a nuance conservadora de Miguel Reale subjaz no novo Código Civil, entronizando, na perspectiva da eticidade e da socialidade, os bens culturais reconhecidos e aceitos pela comunidade em geral”.

21 BARROSO, Lucas Abreu. *A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 19.

22 LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 65.

que dispensa referência expressa”²³. No século XX, a função social dos direitos foi enunciada pelas constituições, com destaque para a propriedade. Nas palavras de Miguel Reale, supervisor da comissão elaboradora e revisora do Código Civil, “o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir a ordem econômica”²⁴.

A função social, buscando harmonizar os postulados jurídicos e as relações econômicas e sociais, extrapolou o direito de propriedade e chegou aos contratos, imprimindo-lhes uma nova compreensão, condicionadora do livre exercício da autonomia privada e da plena liberdade contratual em proveito dos interesses sociais:²⁵

Não obstante a função social do contrato (aspecto dinâmico da atividade econômica) esteja constitucionalmente inserida na previsão geral da função social da propriedade (aspecto estático da atividade econômica) enquanto princípio-base da ordem econômica (art. 170, II, da CF), torna-se impreterível a observância de todos os aspectos que aquela contempla, tendo em vista garantir a dignidade dos contratantes, conforme os ditames da justiça social.²⁶

O art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942) dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Portanto, quaisquer direitos, mesmo aqueles de *finalidade egoística*, “como são todos os direitos de crédito (entre os quais se inserem os resultantes de contratos)”²⁷, devem obediência à função social.

O exercício de um direito de crédito (contratual), de modo contrário à realização de fins sociais, caracteriza *abuso de direito*, na conformidade do art. 187 do Código Civil e, destarte, um ato antijurídico: “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”.

Todo esse pensamento encontra-se sintetizado na redação original do art. 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”²⁸.

23 NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 83.

24 REALE, Miguel. *O projeto de código civil*: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 32.

25 BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoe. *Direito dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 43.

26 BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoe. *Direito dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 44.

27 NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 83.

28 BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoe. *Direito dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 45: Vale ressaltar “o equívoco cometido pelo legislador – ao invés de liberdade de contratar (dimensão subjetiva da vontade: celebrar o contrato ou não) está nitidamente se referindo à liberdade contratual (dimensão objetiva da vontade: poder de estabelecer o conteúdo do contrato)”.

2 A inovação e a inquietação provocada pelo princípio da função social do contrato

O tratamento conferido pelo legislador à função social no âmbito dos contratos foi recebido com grande euforia por considerável parcela dos civilistas brasileiros, que viram no art. 421 do Código Civil “uma nova e interessante extensão do conceito”²⁹ de função social, o qual, segundo Calixto Salomão Filho, passou “de uma limitação a uma situação estática de propriedade para um instrumento de controle das relações sociais”³⁰ mais abrangentes.

O texto normativo do art. 421 do Código Civil tem sido fundamental no gradativo processo de superação do individualismo patrimonialista impregnado na tradição da contratualidade nacional. Trata-se, na verdade, de um fenômeno iniciado com a Constituição Federal de 1988, quando instituiu uma ordem jurídica voltada “à consolidação e à garantia dos direitos humano-fundamentais”³¹.

Outra relevante contribuição do art. 421 do Código Civil é o reconhecimento de que os efeitos dos contratos não ficam restritos às partes que o celebraram. A ideia de contrato como “vínculo bilateral que une indivíduos isolados, cujos interesses são contrapostos”³², estava em desacordo com o paradigma jurídico adotado pelo Código Civil de 2002, o que demandou uma leitura constitucional do contrato. Este é conceituado hoje por Paulo Nalin como uma “relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só os entre titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”³³, explicitando a percepção dos vínculos contratuais como fatos sociais.³⁴

Claudio Luiz Bueno de Godoy, ao cindir os planos dos efeitos dos contratos em *intra partes* e *ultra partes*, afirmou que a função social tem em ambos igual projeção. Contudo, incide primeiro nos contratantes, para, em seguida, recair no corpo social.³⁵ Quis o autor esclarecer que a função social implica, ao menos

29 SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 93, v. 823, p. 67-86, maio 2004. p. 67.

30 SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 93, v. 823, p. 67-86, maio 2004. p. 69.

31 HOFFMAM, Fernando; CAVALHEIRO, Larissa Nunes; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O constitucionalismo principiológico como condição de possibilidade para a concretização dos direitos humano-fundamentais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 6, n. 1, p. 101-119, abr. 2011. p. 110.

32 MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005. p. 54.

33 NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 253.

34 MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005. p. 54.

35 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: de acordo com o novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 134.

teoricamente, a tutela interna e a tutela externa do direito de crédito (contratual).

Indiscutível que a positivação do princípio da função social do contrato pela vigente codificação civil brasileira modificou não apenas a conformação, como também a finalidade e o regime desse instituto jurídico,³⁶ impondo aos contratantes “o dever de perseguir não apenas os seus interesses particulares, mas também a realização e a promoção de valores constitucionais, atendendo-se a interesses extracontratuais relevantes do ponto de vista social, a fim de justificar uma tutela jurídica pelo ordenamento”³⁷.

Entretanto, passadas quase duas décadas da edição do Código Civil de 2002 a festejada inovação legislativa ainda não alcançou a plena efetividade, nem mesmo a ampla operabilidade, que aquela considerável parcela dos civilistas brasileiros esperava de um princípio social incidente sobre todo o Direito dos Contratos.

Com o passar do tempo, a euforia inicial foi aos poucos substituída por certo inconformismo diante da postura do legislador infraconstitucional. Apoiado em suposta ausência de sentido lógico no seu texto normativo,³⁸ propôs, ainda no período da *vacatio legis* (11/01/2002 a 10/01/2003), o Projeto de Lei n. 6.960/2002, atribuindo nova redação ao art. 421 do Código Civil: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

A *justificação* do autor do projeto de lei para a alteração redacional objetivava a substituição da expressão “liberdade de contratar” por “liberdade contratual”, opção com a qual coautor deste estudo já concordou.³⁹ Também buscava a supressão da expressão “em razão”, pois, de acordo com o Deputado Ricardo Fiuza: “A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser”⁴⁰.

36 RAMOS, André Luiz Arnt. *Segurança jurídica e enunciados normativos deliberadamente indeterminados: o caso da função social do contrato*. 2019. Tese (Doutorado) - Curso de Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 155.

37 NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. O princípio da função social dos contratos nos 15 anos de vigência do código civil: análise crítica de sua aplicação pela doutrina e jurisprudência. *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil*, Juiz de Fora, v. 3, n. 2, 2018. p. 8.

38 TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. p. 241.

39 BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoe. *Direito dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 45.

40 FIUZA, Ricardo. *Projeto de lei n. 6.960, de 2002*. Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151, 224, 243, 244, 246, 262, 273, 281, 283, 286, 294, 299, 300, 302, 306, 309, 328, 338, 369, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 482, 496, 502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574, 576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928, 931, 944, 947, 949, 950, 953, 954, 966, 977, 999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204, 1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316, 1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457, 1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516, 1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660, 1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860, 1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, acrescenta dispositivos e dá outras providências.

Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0FCD182C5E-077F3D0A8E687EBBD7F1CD.proposicoesWebExterno2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002. Acesso em: 20 nov. 2020.

Divergiu neste ponto coautor deste estudo em publicação anterior.⁴¹

Embora o Projeto de Lei n. 6.960/2002 tenha sido arquivado, sua proposição foi suficiente para evidenciar que a inquietação provocada pelo art. 421 do Código Civil decorre precipuamente da amplitude atribuída ao princípio da função social do contrato. Talvez influenciadas por ele, a doutrina e a jurisprudência pátrias não chegaram a um acordo, ainda que mínimo, em torno da *applicatio* do art. 421 do Código Civil.⁴²

Tanto assim que o Superior Tribunal de Justiça, corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal no Brasil, até o momento não alcançou unidade de entendimento sobre o tema, sendo corriqueiro utilizar a função social do contrato como argumento retórico “para afastar a força obrigatória dos contratos, [como, também, a sua relatividade,] a fim de livrar o contratante da obrigação por ele assumida quando da celebração do negócio”⁴³, mesmo em casos não relacionados ao seu conteúdo, o que ocasiona seu esvaziamento e retira sua importância.⁴⁴

Por outro lado, é notório que

a função social dos contratos tem sido empregada tanto como mecanismo de proteção dos vulneráveis e de promoção da justiça social, quanto para proteção de grandes empresários, em prol de interesses exclusivamente patrimoniais, sendo, portanto, verdadeiramente contraditória a sua aplicação,⁴⁵

o que, inevitavelmente, contribui para a perda de sua força normativa.

André Luiz Arnt Ramos traz dados alarmantes sobre a utilização do princípio da função social do contrato pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o que indica que os problemas envoltos na inadequada interpretação/aplicação do princípio tendem a ser igualmente de ordem institucional: em

68% das decisões que invocaram a função social do contrato, seu uso se restringiu a ‘mera menção na fundamentação’, bem assim que em 16% dos casos, a referência ao sintagma consta apenas da ementa do julgado. É dizer que: em 84% dos casos analisados fez-se tudo menos aplicar a função social como normativa – o que é dado alarmante, mesmo se comparado aos demais princípios do Direito dos Contratos.⁴⁶

41 BARROSO, Lucas Abreu. Causa e função social: a ordem pública e o interesse coletivo nas relações contratuais. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da et al. (org.). *Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual*: estudos em homenagem ao Prof. Torquato Castro. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 229-234.

42 A propósito, ver: BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato*: contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 49-114.

43 NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. O princípio da função social dos contratos nos 15 anos de vigência do código civil: análise crítica de sua aplicação pela doutrina e jurisprudência. *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil*, Juiz de Fora, v. 3, n. 2, 2018. p. 3.

44 NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. O princípio da função social dos contratos nos 15 anos de vigência do código civil: análise crítica de sua aplicação pela doutrina e jurisprudência. *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil*, Juiz de Fora, v. 3, n. 2, 2018. p. 14.

45 NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. O princípio da função social dos contratos nos 15 anos de vigência do código civil: análise crítica de sua aplicação pela doutrina e jurisprudência. *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil*, Juiz de Fora, v. 3, n. 2, 2018. p. 3.

46 RAMOS, André Luiz Arnt. *Segurança jurídica e enunciados normativos deliberadamente indeterminados*: o caso da função social do contrato. 2019. Tese (Doutorado) - Curso de Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 164-165.

A parte mais conservadora da comunidade jurídico-política brasileira viu-se legitimada para insurgir-se contra a função social do contrato a partir da eleição do Presidente Jair Bolsonaro, acompanhada da composição do Congresso Nacional com o maior número de militares, policiais, religiosos e ruralistas desde o ano do Golpe Militar que instaurou a ditadura no País (1964).

No mesmo ano da posse presidencial e parlamentar (2019) foi editada a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, por meio da Lei n. 13.874, de 20 de setembro, alterando o art. 421 do Código Civil muito além do proposto pelo Projeto de Lei n. 6.960/2002 e impondo grandes desafios ao princípio da função social do contrato.

3 Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e desafios ao princípio da função social do contrato

A função social do contrato sofreu profunda alteração legislativa, tendo em vista a redação que lhe foi conferida pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019), *in verbis*:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (redação original)

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

Percebe-se que foi substituída no *caput* do art. 421 do Código Civil a “liberdade de contratar” por “liberdade contratual”. Além disso, excluiu-se a expressão “em razão” (causa),⁴⁷ mantendo-se “nos limites”, a demonstrar que o contrato *tem*, ou *pode ter*, função social, mas que não *é* dotado de função social.⁴⁸

A interpretação adequada do sentido de função social do contrato, na redação original e na atual redação do comando legal, demanda ir além do texto normativo do art. 421 do Código Civil e estabelecer um diálogo com os direitos fundamentais, já que os significantes *função social* remetem, ao menos, a três concepções: “interesses difusos de natureza não patrimonial, como dirigida a interesses existenciais de natureza jusfundamental ou, mesmo, como pertinente à

47 BARROSO, Lucas Abreu. Causa e função social: a ordem pública e o interesse coletivo nas relações contratuais. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da *et al.* (org.). *Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual*: estudos em homenagem ao Prof. Torquato Castro. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 229-234.

48 Sobre nem todos os contratos terem função social: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 269-313.

promoção de eficiência no mercado sem restringir tal interpretação”⁴⁹.

A ideia de função, seja qual for o seu conteúdo, é entendida como um contributo (a que serve e a quem serve) que o instituto jurídico “deve trazer para determinados entes – sejam eles indivíduos determinados, grupos de indivíduos ou a sociedade de modo difuso”⁵⁰. A função, por conseguinte, não limita, mas atua como algo que o instituto jurídico deve realizar em favor de alguém.⁵¹

Compreende-se o social como a transcensão concreta das posições jurídicas individuais e não individuais em cada caso, sem que haja aprioristicamente a prevalência de uma posição jurídica sobre a outra. Somente na impossibilidade de efetiva harmonização, o exercício de uma posição jurídica poderá ser considerado legítimo e o outro ilegítimo (Código Civil, art. 187), o que permitirá compreender a ideia de função social de maneira adequada à Constituição (texto e contexto) e ao Direito Civil contemporâneo.

Para Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, a função social do contrato vincula-se “ao atendimento de necessidades concretas dos contratantes no que tange ao acesso a bens fundamentais. [...] o contrato não apenas seria um instrumento de livre atuação do particular na realização de escolhas, mas, também, seria fonte reprodutiva de liberdade”⁵².

Assim, compreende-se que a autonomia privada pode ser a efetiva realização da liberdade formal e substancial de quem a exerce, “desde que esse exercício não importe redução radical daquela mesma liberdade substancial que permitiu reputar a materialização da autonomia privada como sendo um verdadeiro ‘funcionamento’”, por exemplo, em contratos paritários.⁵³

A rigor, poder-se-ia ter mantido a expressão “em razão”, uma vez que:

- a) o exercício de liberdade a que se refere a norma não esgota os perfis de liberdade, o que significa que não se está a afirmar que o exercício da liberdade formalmente assegurada no contrato tem por fundamento apenas essa mesma liberdade formal; b) a ponderação entre liberdades pode fazer com que haja a prevalência concreta de um perfil sobre o outro implicando um direcionamento do exercício da liberdade formalmente assegurada para o incremento de outras liberdades, sobretudo como liberdade substancial; c) não se trata de exercício em razão apenas do fundamento normativo do exercício (autonomia privada), mas em razão de contributos que o exercício

49 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 269. O autor prossegue tecendo crítica a essas três concepções de função social.

50 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 144-150.

51 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/a-tutela-externa-da-obrigacao/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

52 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 290-291.

53 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 307.

pode ensinar, o que permite afirmar que a liberdade atua em dois momentos, ou seja, no momento de fundamentação do direito como princípio e no momento de seu exercício como função.⁵⁴

Por conseguinte, demonstra-se inadequada a segunda alteração promovida pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) no *caput* do art. 421 do Código Civil.

A seu turno, a inclusão do parágrafo único no art. 421 do Código Civil provocou duas polêmicas: a prevalência do princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. Quanto à excepcionalidade da revisão contratual, apesar de sua previsão normativa, a alteração é inútil, visto que a revisão do contrato civil sempre foi exceção, muito por conta do acolhimento da teoria da imprevisão pelos arts. 317 e 478 do Código Civil.

A polêmica que ainda vai render muito debate acadêmico e na jurisprudência é o “princípio da intervenção mínima”. Desde logo questiona-se se a intervenção mínima é princípio ou se seria efeito dos princípios contratuais individuais, como a autonomia privada negocial e a força obrigatória dos contratos. Os autores entendem que a intervenção mínima não configura princípio, mas efeito dos princípios contratuais individuais.

Outro problema é densificar o sentido de intervenção mínima, pois se intervenção mínima for nenhuma intervenção, a liberdade (sem limites) resultará em opressão. Noutro extremo, deturpando seu sentido, se a intervenção mínima atingir elevado grau de dirigismo, afastará por completo a liberdade.

Desse modo, a correta intervenção estatal na relação contratual é aquela que concilia a vulnerabilidade genética (exemplos: relações de consumo, de trabalho, contratos por adesão às condições gerais) ou concreta e episódica (exemplos: vulnerabilidades em contratos civis, empresariais, administrativos etc.) em cada caso e as posições jurídicas individuais e não individuais das partes contratantes. A intervenção estatal se dará em menor medida nos contratos paritários, independentemente da disciplina jurídica que os tutele.⁵⁵

A intervenção estatal deve ser criteriosa e concretamente adequada a cada contrato e não afirmar de forma antecipada que prevalecerá a intervenção mínima sobre qualquer outra norma principiológica, como sugere o parágrafo único do art. 421 do Código Civil, mesmo porque não existe conflito entre princípios, mas sim exercício ilegítimo (Código Civil, art. 187) de posição jurídica em cada caso.⁵⁶

54 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 312-313.

55 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 80.

56 Sobre o tema, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. verbete 35 (Ponderação).

Como visto, as alterações e inclusões na redação do art. 421 do Código Civil tendem a esvaziar o conteúdo normativo do princípio da função social do contrato, impondo à doutrina e aos tribunais o desafio de exercer o devido constrangimento epistemológico, a fim de reagir ao retrocesso trazido quanto ao tema pela denominada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019).

4 Referências

BARROSO, Lucas Abreu. *A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2011.

BARROSO, Lucas Abreu. Causa e função social: a ordem pública e o interesse coletivo nas relações contratuais. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da et al. (org.). *Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual: estudos em homenagem ao Prof. Torquato Castro*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 229-234.

BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoe. *Direito dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato: contributo para a construção de uma nova teoria*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FIUZA, Ricardo. *Projeto de lei n. 6.960, de 2002*. Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151, 224, 243, 244, 246, 262, 273, 281, 283, 286, 294, 299, 300, 302, 306, 309, 328, 338, 369, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 482, 496, 502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574, 576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928, 931, 944, 947, 949, 950, 953, 954, 966, 977, 999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204, 1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316, 1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457, 1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516, 1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660, 1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860, 1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, acrescenta dispositivos e dá

outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0FCD182C5E077F3D0A8E687EBBD7F1CD.proposicoesWebExterno2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002. Acesso em: 20 nov. 2020.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: de acordo com o novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HOFFMAM, Fernando; CAVALHEIRO, Larissa Nunes; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O constitucionalismo principiológico como condição de possibilidade para a concretização dos direitos humano-fundamentais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 6, n. 1, p. 101-119, abr. 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. O princípio da função social dos contratos nos 15 anos de vigência do código civil: análise crítica de sua aplicação pela doutrina e jurisprudência. *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil*, Juiz de Fora, v. 3, n. 2, 2018.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, André Luiz Arnt. *Segurança jurídica e enunciados normativos deliberadamente indeterminados: o caso da função social do contrato*. 2019. Tese (Doutorado) - Curso de Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

REALE, Miguel. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e*

liberdade(s). Rio de Janeiro: GZ, 2011.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/a-tutela-externa-da-obrigacao/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 93, v. 823, p. 67-86, maio 2004.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. Os princípios informadores do novo código civil e os princípios constitucionais fundamentais: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 14, p. 49-54, abr. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Entrevista concedida a Pedro Canário: “Direito não pode ser corrigido por valores morais”. *Conjur*, São Paulo, 02 abr. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>. Acesso em: 21 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

O (DES)ENCAIXE DAS TEORIAS DO CONSUMO NA REALIDADE BRASILEIRA¹

Lucas Abreu Barroso
Lucas Rodrigues Lima

SUMÁRIO: 1 Pós-modernidade e consumo. 2 Uma sociedade de consumo no Brasil? 3 A dimensão continental do território brasileiro e os diversos “Brasis”. 4 O consumismo nos grandes centros urbanos. 5 Segregação socioespacial e consumo. 6 Referências.

1 Pós-modernidade e consumo

Com extrema dinamicidade expandiram-se na pós-modernidade a troca de informações, de capitais e as relações intersubjetivas, revelando uma quadra sem precedentes na história,² tendo como pano de fundo uma economia mundial,³ típica do capitalismo globalizado.⁴ É um período marcado pelo ceticismo nas instituições e pela descrença generalizada, mas também pela esperança num futuro mais promissor. Enfim, uma sociedade “complexa, pluralista e de risco, fragmentada, dominada pelo conhecimento e pela informação”⁵.

1 Texto originalmente publicado em: BARROSO, L. A.; LIMA, L. R. O (des)encaixe das teorias do consumo na realidade brasileira. In: CATALAN, Marcos; ROCHA, Mariângela Guerreiro Milhoranza da; PEREIRA, Gustavo de Lima (org.). *O caos no discurso jurídico: uma homenagem a Ricardo Aronne*. Londrina: Thoth, 2021. p. 195-206.

2 GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 14.

3 KELLNER, Douglas. Cultura da mídia e triunfo do espetáculo. In: MORAES, Dênis (org.). *Sociedade midiaticizada*. Rio de Janeiro: Mauad, 2006. p. 119.

4 GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 69.

5 AMARAL, Francisco. O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização: do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006. p. 14.

Para compreender o papel que o consumo exerce no contexto desse conturbado cenário – e, com isso, a própria sociedade de consumo –, deve-se recorrer à ideia de deslocamento relacional,⁶ ou seja, à progressiva ruptura dos vínculos inter-humanos vivenciados na modernidade (ou *período sólido*, se utilizada a nomenclatura dada por Zygmunt Bauman). A progressiva ruptura dos vínculos *reais* tornou as relações humanas cada dia mais impessoais, tão fáceis de romper quanto de se estabelecer.⁷

Destaca-se, assim, um dos inúmeros papéis que a *mass media*⁸ possui: o de consistir no principal meio de substituição dos não mais desejados vínculos permanentes, sendo essas “inovações sociais e tecnológicas a abertura para novas dimensões ao processo individualizatório”⁹.

Tudo isso expõe a fragilidade dos vínculos inter-humanos,¹⁰ tornando a *mass media* elemento de enorme relevo, sobretudo por causa da disponibilidade de um *dispositivo de segurança*¹¹ que assegura a fácil desvinculação, algo extremamente apreciado na atualidade, por meio da desconexão imediata.¹²

Com o rompimento dos vínculos permanentes ou, ao menos, com a sua relativização, não se quer dizer que esses foram extintos. Pelo contrário, tais vínculos são estabelecidos facilmente, porém são rompidos com idêntica facilidade.

Para transformar-se no epicentro da conexão inter-humana, o consumo teve de evoluir para algo muito mais substancial, apesar de pouco palpável, que impulsionasse um consumir muito mais intenso que a simples conjugação do binômio necessidade-utilidade. Assim, elevou-se o consumo a um novo patamar, da aquisição de produtos ao estandar da obtenção de *signos*.

6 FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de consumo e pós-modernismo*. Tradução Júlio Assis Simões. São Paulo: Studio Nobel, 1995. p. 19; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Superendividamento e dever de renegociação. In: LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiências no poder judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 145.

7 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 136.

8 Termo utilizado por Jean Baudrillard em seu livro *A sociedade de consumo* para referir-se à comunicação de massa: TV e internet, por exemplo. (BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Arte & Comunicação, 2007. p. 15).

9 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 146. “A modernização também leva, segunda Beck, à ‘individualização’. Trata-se de um processo que traz algumas dificuldades ao tradutor de Beck para o inglês. Ele envolve o *freisetzung*, a que o tradutor se refere como ‘esse fenômeno ambíguo’. O mais perto que ele consegue chegar em inglês é ‘liberation’ (liberação). O processo envolve retirar o indivíduo das classes baseadas em *status*, libertando-os da consciência coletiva e, entretanto, ao mesmo tempo, aumentar sua dependência em relação à padronização dos mercados, do dinheiro e da lei (processo individualizatório).” (ADAMS, John. *Risco*. Tradução Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2009. p. 238-239).

10 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 136.

11 “É esse dispositivo de segurança, e não a facilidade de estabelecer contato, muito menos de estar junto de maneira permanente, que torna esse substituto eletrônico da socialização face a face tão estimado por homens e mulheres treinados para operar numa sociedade mediada pelo mercado.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 137).

12 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 137.

O consumo enquanto obtenção de signos torna-se, com o “despojamento do conteúdo da vida social”¹³, elemento característico da realidade que se instaura com a pós-modernidade. Mesmo porque, para ser de fato o elo que a todos une, ele passa também a ser aquilo que a todos define.

O consumo assumiu a função precípua e enraizada de construção da identidade.¹⁴ Isso implica dizer que, assim como os bens de valor que se adquire remetem a signos, a própria identidade passa a ser regida pela mesma norma, tornando-se, assim, o próprio indivíduo uma mercadoria a ser consumida.¹⁵

Logo, ser uma mercadoria desejável, exposta na *vitrine social*, torna-se um postulado coercitivo imposto pela lógica da efemeridade.¹⁶ Como toda norma, sua estrutura, imposta pela ideologia da sociedade de consumo, não é diferente. Como *antecedente*, possui a necessidade de consumir e de ser consumido; como *consequente*, em caso de desobediência ao preceito, dar-se-á a exclusão social e o esquecimento.¹⁷

Assim, resta evidente que a necessidade imposta pela sociedade de consumo não é a obter determinados objetos, mas a necessidade de diferenciar-se (desejo no sentido social), “compreender-se-á então porque é que nunca existe satisfação completa, nem definição de necessidade”¹⁸.

O apogeu da ideologia do consumo não é alcançado apenas com a coerção por ela exercida – ou apesar da sua presença –, ou, ao menos, não unicamente através dela, mas sim por sua simultaneamente com a promessa de obtenção de felicidade e prazer,¹⁹ alcançados pelo consumo, visando suprir as necessidades criadas por essa própria ideologia.

Baseia-se, pois, o consumir ininterrupto em dois planos: o primeiro deles é o plano individual (imediato), que repousa no desejo de obtenção de felicidade e prazer, além da aquisição dos mitos complementares, como o do bem-estar²⁰ (*influências inconscientes*)²¹; no segundo plano, o social (mediato), em que se desenvolve o

13 GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 118.

14 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 23.

15 “The consumer society, the most powerful vehicle for generating short-term wealth ever invented, ensures economic growth by first promoting the idea that the way to be is to buy.” (RHEINGOLD, Howard. *The virtual community: homesteading on the electronic frontier*. Cambridge: The MIT Press, 2000. p. 305); BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 76.

16 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 111.

17 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 79.

18 BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Arte & Comunicação, 2007. p. 78.

19 BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Arte & Comunicação, 2007. p. 21.

20 BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Arte & Comunicação, 2007. p. 48.

21 GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 280.

“mito da igualdade”²² (*influências que afetam as circunstâncias da ação*).²³ Cumpre salientar outra tarefa da *mass media*: “atingir cada um em função dos outros”²⁴. Reforça-se, desse modo, a tarefa que cada consumidor individualmente possui: a de ser socialmente aceito caso seja socialmente desejado.

2 Uma sociedade de consumo no Brasil?

Quando, ao abordar a sociedade de consumo, propõe-se analisar os seus postulados, parte-se usualmente do pensamento, em regra equivocado, de que tal modelo possui caráter universal. Ao menos no Brasil, isso não se sustenta. Não sem antes considerar que “todas as sociedades produzem estranhos”²⁵ e que, em regra, esses estranhos são empurrados para as bordas indesejadas – assim como eles os são –, marginalizando-os.

O primeiro desafio que se coloca ao estudo da *sociedade de consumidores*²⁶ consiste em adequar as teorias originais, que possuem suas principais vertentes na Europa (Zygmunt Bauman, Anthony Giddens, Jean Baudrillard, entre vários outros autores), com os ingredientes da cultura nacional. Assim, faz-se necessário destacar que a concepção estruturante da teoria do consumo, no nível pós-moderno, encontra peculiares e distintas barreiras quando se debate a sua aplicação na realidade brasileira.

Portanto, forçoso reconhecer que sua abrangência não possui indistinto alcance, considerando que “os mecanismos causais nas generalizações científicas sociais dependem das razões dos atores, no contexto de uma ‘trama’ de consequências premeditadas e impremeditadas de ação”²⁷. Disso se pode facilmente perceber que “tais generalizações não têm uma forma universal”²⁸.

Talvez por sua característica ambivalente (vista sua intrínseca pretensão englobante – elemento definidor da globalização –, por meio de uma busca individual pelo pertencimento ao grupo pela via do consumo, bem como pela intensificação de um estilo de vida *coletivamente individual*,²⁹ mas ainda limitado quando confrontado à realidade geográfica, social, histórica e, por que não, cultural), sejam

22 BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Arte & Comunicação, 2007. p. 48.

23 GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 280.

24 BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Arte & Comunicação, 2007. p. 64.

25 BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 27.

26 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 20.

27 GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 279.

28 GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 279.

29 HUXLEY, Aldous. *Brave new world*. *Coradella Collegiate Bookshelf*, Grandview, Ohio, 2004. Disponível em: <http://www.idph.com.br/conteudos/ebooks/BraveNewWorld.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020: “The group was now complete, the solidarity circle perfect and without flaw. Man, woman, man, in a ring of endless alternation round the table. Twelve of them ready to be made one, waiting to come together, to be fused, to lose their twelve separate identities in a larger being”.

o delineamento e a compreensão da sociedade de consumo tão desafiadores e, por isso mesmo, objeto de estudos cada vez mais numerosos e transdisciplinares.

Entretanto, há de se ressaltar que, apesar das limitações à implementação de uma sociedade de consumo no Brasil, com a consciência de que ela tende a se expandir nos grandes centros urbanos, resta desde logo evidenciada a perda progressiva da identidade nacional, impacto decorrente da última fase conhecida da globalização, que tem como “uma das características principais a ‘compressão espaço-tempo’, a aceleração dos processos globais, de forma que se sente que o mundo é menor e as distâncias mais curtas, que os eventos em determinado lugar têm impacto imediato sobre pessoas e lugares situados a uma grande distância”³⁰.

No intuito de melhor compreender de que forma ocorre o encaixe e, ao mesmo tempo, o possível desencaixe, das elaborações teóricas sobre o consumo na vivência nacional, em suas diversas feições, alguns aspectos cruciais não podem passar despercebidos, porquanto o problematizam ainda mais, como também por se tratar de aspectos que não raramente possuem causas originadas no fenômeno do consumo *lato sensu*, intimamente relacionado ao poder de compra e à renda familiar (compreendendo-se aqui a somatória de diversos fatores como políticas públicas, distribuição de renda, desemprego etc.).

Nas seções do texto a seguir serão analisados aspectos que influem sobre, ao passo que definem, as diversas relações entre os diferentes estratos sociais com o consumo em nível pós-moderno, na intenção primordial de compreender a penetração da sociedade de consumo no Brasil.

3 A dimensão continental do território brasileiro e os diversos “Brasis”

Qualquer tendência de compreensão homogeneizadora sobre o fenômeno do consumo nos meandros da realidade brasileira estará predestinada ao descrédito. Os principais autores e os mais destacados aportes teóricos da sociedade de consumo são originários de países altamente desenvolvidos, em especial da Europa. Daí a pergunta: as teorias do consumo encontram adequação nos diversos “Brasis” com território de dimensões continentais?

Para conhecer a realidade brasileira, a primeira tarefa que se impõe é reconhecer seu caráter multifacetário e, diante disso, optar por um ou mais dentre os diversos critérios de divisão (ou subdivisão) classificatória para a identificação de suas (inúmeras) características.

Da variabilidade possível, alguns critérios sobressaem. Aquele que se refere

30 HALL, Stuart. *A identidade cultural da pós-modernidade*. 11. ed. Tradução Thomaz Tadeu da Silva e Guara-cira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 69.

ao tipo de fala (divisão linguística), do qual exsurgem duas principais subdivisões: Norte e Sul. Pode-se apontar, ainda, a cisão Litoral-Sertão. Ou a divisão estabelecida por Darcy Ribeiro, que propôs cinco divisões para o cenário social nacional: Brasil Crioulo; Brasil Caboclo; Brasil Sertanejo; Brasil Caipira; Brasil sulinos: gaúchos, matutos e gringos.³¹

Neste texto, entretanto, optou-se pela divisão regional estabelecida pelos geógrafos (Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sul e Sudeste), bem como pela divisão político-administrativa entre Estados e Municípios, ambas comumente utilizadas em pesquisas – e não raramente correlacionadas –, justamente por isso melhor se adequando à abordagem proposta.

A divisão regional e político-administrativa do Brasil não são capazes de, por si sós, revelar as imensas disparidades existentes no território nacional. Por isso mesmo, procurou-se realizar a análise de alguns dados no intuito de esclarecer as distintas realidades regionais, conectando-as ao fenômeno do consumo, haja vista uma mais ampla, e também mais precisa, demonstração do objeto de estudo.

Inicia-se por indicar a desigualdade de rendimentos por domicílio (*per capita*) em cada região, com enfoque em três diferentes níveis: porcentagem de domicílios sem renda; com mais de 1 (um) a 2 (dois) salários mínimos; com mais de 5 (cinco) salários mínimos.

A disparidade entre as regiões brasileiras resta evidenciada quando se comparam os dados nessas três classes de rendimento. De modo geral, o Nordeste possui o maior índice (%) de domicílios sem rendimentos, ao passo que mantém simultaneamente a menor porcentagem de famílias com renda de mais de 5 (cinco) salários mínimos.

Dos números da pesquisa extrai-se que, em comparação com o Sul, que possui 3,8% de domicílios sem renda, a região Nordeste concentra 21% de domicílios na mesma situação. Ainda se valendo do paralelo Nordeste-Sul, enquanto a região Sul possui em torno de 10% de domicílios com mais de 1 (um) a 2 (dois) salários mínimos, o Nordeste, mais uma vez, se acha na última posição, se comparado com o restante do País, com apenas 4,3%.³²

31 RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 269 e ss.

32 (1) SEM RENDIMENTO: (i) Norte: 15,5%; (ii) Nordeste: 21%; (iii) Sudeste: 4,0%; (iv) Sul: 3,8%; (v) Centro-Oeste: 4,8%. (2) MAIS DE 1 A 2 SALÁRIOS MÍNIMOS: (i) Norte: 4,8%; (ii) Nordeste: 4,3%; (iii) Sudeste: 9,8%; (iv) Sul: 10%; (v) Centro-Oeste: 9,6%. (3) MAIS DE 5 SALÁRIOS MÍNIMOS: (i) Norte: 3,0%; (ii) Nordeste: 2,5%; (iii) Sudeste: 5,2%; (iv) Sul: 5,1%; (v) Centro-Oeste: 6,1%. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo demográfico 2010: resultados preliminares do universo*. Proporção de domicílios, por classes de rendimento domiciliar *per capita* (%). Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: http://atlascolar.ibge.gov.br/images/atlas/mapas_brasil/brasil_rendimento.pdf. Acesso em: 12 mar. 2016).

4 O consumismo nos grandes centros urbanos

Torna-se importante elucidar conceitos que serão adiante mais bem contextualizados, para que desde logo se compreenda que não é possível reduzir *estilo de vida consumerista* a simples *ato de consumir*,³³ havendo, entre as expressões, uma enorme diferença.

Consumir é uma prática corriqueira, trivial,³⁴ realizada por todos, a todo momento. Por outro lado, a “revolução consumista” ocorreu com a passagem do consumo ao “consumismo”, quando aquele se tornou “especialmente importante, se não central” para a vida da maioria das pessoas: “o verdadeiro propósito de existência”³⁵.

Embora verificável no meio rural e fora dos grandes centros urbanos, o consumismo ali é uma prática baseada em diferentes parâmetros e proporções, autorizando pressupor que ele se apresenta em um nível muito mais reduzido e localizado. Entretanto, para uma análise a título conclusivo seria necessário um minucioso levantamento de dados, o que está além dos objetivos aqui propostos.

Além disso, o escopo dos autores é discorrer acerca de um movimento social coeso, com características que remontam ao agir de parcela considerável de pessoas, aptas a serem reconhecidas como grupo, por seus traços e relações comuns.³⁶ Compreende-se, pois, essa sociedade de consumidores como uma forma de *comunidade*, a qual “significa entendimento compartilhado do tipo ‘natural’ e ‘tácito’”³⁷.

Os dados levantados para este estudo e os elementos definidores da sociedade de consumidores permitem concluir pela impossibilidade de se afirmar que o modelo social de consumo se desenvolve univocamente nas diversas realidades brasileiras, porque nem mesmo os riscos sociais são igualmente distribuídos.

Sobre os diversos modos como cada região/segmento/grupo vivencia a evolução rumo a uma sociedade de consumo fundada no risco, Darcy Ribeiro descreveu:

33 “O consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos. Visto dessa maneira, o fenômeno do consumo tem raízes tão antigas quanto os seres vivos – e com toda a certeza é parte permanente e integral de todas as formas de vida conhecidas a partir de narrativas históricas e relatos etnográficos.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 37).

34 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 37.

35 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 38.

36 “A identidade social é um cruzamento de atributos pessoais e estruturais, uma categorização derivada dos contextos sociais onde decorre a interação social. [...] a preocupação permanente do indivíduo não é simular ou manipular, mas sim *integrar-se*, ajustar o seu comportamento às exigências morais e sociais exteriores, manter uma certa coerência na definição da situação, num jogo permanente de negociação e de procura da aceitação.” (SANTOS, Boaventura de Souza. *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 511, destacou-se).

37 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 17.

A passagem do padrão tradicional, tornado arcaico, ao padrão moderno opera a diferentes ritmos em todas as regiões, mas mesmo as mais progressistas se vêem tolhidas e reduzidas a uma modernização reflexa. Isso não se explica, contudo, por qualquer resistência de ordem cultural à mudança, uma vez que um veemente desejo de transformação renovadora constitui, talvez, a característica mais remarcável dos povos novos e, entre eles, os brasileiros. Mesmo as populações rurais e as urbanas marginalizadas enfrentam resistências, antes sociais do que culturais, à transfiguração, porque umas e outras estão abertas ao novo. São, de fato, antes atrasadas do que conservadoras. Cada estrada que se abre, quebrando o isolamento de uma ‘ilha arcaica’, atrai novos contingentes ao circuito de comunicação interna.³⁸

Apesar da desaceleração do êxodo rural, que indica sua redução pela metade em apenas uma década, o Brasil ainda caminha a passos largos para se tornar uma população densamente urbana, resultado de “um grau de urbanização que passou de 81,2% em 2000, para 84,4% em 2010”³⁹.

E justamente nos grandes centros urbanos melhor se desenvolve a estruturação da sociedade de consumo, pois “é consenso que a reprodução do capitalismo nos tempos atuais tem nas metrópoles seu lócus privilegiado, seja na sua capacidade de geração de riquezas, seja como centros de mudanças, se apresentando como um universo complexo, lugares de múltiplas determinações”⁴⁰.

A relevância dos grandes centros urbanos para a expansão da sociedade de consumo possui múltiplas variáveis. Pode indicar a necessidade de um veloz escoamento da produção, tendo em vista que a sobrevivência do sistema capitalista se funda “na vitalidade permanente dessa forma de circulação”⁴¹, abrigando o postulado básico da ideologia consumerista: o *consumir ininterruptamente*.

Apesar da massificação das cidades, seus habitantes são impulsionados a uma maior individualidade nas condições de vida,⁴² sendo este o valor estratégico do poderio ideológico da sociedade de consumo, que visa atingir “cada qual em função dos outros”⁴³, por intermédio do enfraquecimento e/ou da fragmentação dos vínculos humanos.⁴⁴

38 RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 248.

39 LOMBARDI, Matheus. Êxodo rural cai pela metade em uma década, diz IBGE. *UOL Economia*, São Paulo, 29 abr. 2011. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/04/29/exodo-rural-cai-pela-metade-em-uma-decada-diz-ibge.htm#:~:text=No%20%C3%BAltimo%20censo%2C%20a%20m%C3%A9dia,caiu%20para%200%2C65%25>. Acesso em: 09 nov. 2020.

40 NUNES, Brasilmar Ferreira; VELOSO, Leticia. Guetos e favelas: a recorrência do “déficit” de territórios nas metrópoles contemporâneas. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 34, 2010, Caxambu/MG. *Anais ... Caxambu: ANPCS*, 2010. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/papers-34-encontro/st-8/st03-7/1335-ha-gueto-na-favela-elementos-para-uma-leitura-sociologica-das-areas-precarizadas-nas-metropoles-atuais/file>. Acesso: 09 nov. 2020.

41 HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Annablume, 2005. p. 130.

42 BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Superendividamento e dever renegociação. In: LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiências no poder judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 145.

43 BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Arte & Comunicação, 2007. p. 64.

44 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 66.

Isso porque, diante de tamanha densificação do espaço urbano, cresce a exigência de *diferenciação*,⁴⁵ e reside exatamente no consumo o modo de se diferenciar dos demais concidadãos, devido ao surgimento da “consciência de estilo”⁴⁶ e da vontade de deixar de ser apenas mais um na multidão, obtendo a denominada sensação de pertencimento.⁴⁷

5 Segregação socioespacial e consumo

Outra característica marcante da realidade brasileira é a denominada “segregação socioespacial”⁴⁸, que consiste, sucintamente, na explícita fragmentação do espaço urbano, ocasionando uma visível ruptura física e social entre cidadãos pertencentes a diferentes classes. Como em um quebra-cabeça, no qual determinados bairros e regiões são destacados, peças há que propositalmente não se encaixam no todo. Nas palavras de Darcy Ribeiro, “a própria população urbana, largada a seu destino, encontra soluções para seus maiores problemas. Soluções esdrúxulas é verdade, mas são as únicas que estão ao seu alcance”⁴⁹.

A reduzida, ou até mesmo inexistente, capacidade de consumir é uma das razões determinantes para a marginalização dos condenados a não membros na sociedade de consumidores. São aqueles que não possuem meios para adquirir o *status* social advindo do consumo de bens de valor (incluindo-se, aqui, o acesso a moradia e transporte), tendo como consequência seu isolamento nas bordas indesejadas das metrópoles – distantes, geográfica e economicamente, dos “templos de consumo”.

A (re)produção do espaço urbano prova que “a segregação aparece como forma lógica da separação dos elementos constitutivos da cidadania ligados ao capital, que hierarquiza e separa como forma positiva de diferenciação”⁵⁰, reflexo talvez do “fenômeno (ainda incompreendido) de um capitalismo *sem* classes, mas com todas as estruturas e problemas de desigualdade social a ele ligadas”⁵¹.

Como ensina Anthony Giddens:

45 BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Arte & Comunicação, 2007. p. 64.

46 SANTOS, Norberto Nunes Pinto. *A sociedade de consumo e os espaços vividos pelas famílias*: a dualidade dos espaços, a “turbulência” dos percursos e a identidade social. Coimbra: Faculdade de Coimbra, 1999. p. 158.

47 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 108.

48 ALVAREZ, Isabel Pinto. A segregação como conteúdo da produção do espaço urbano. In: VASCONCELOS, Pedro de Almeida; CORRÊA, Roberto Lobato; PINTAUDI, Silvana Maria (org.). *A cidade contemporânea*: segregação espacial. São Paulo: Contexto, 2013. p. 111.

49 RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 208.

50 CARLOS, Ana Fani Alessandri. A prática espacial urbana como segregação e o “direito à cidade” como horizonte utópico. In: VASCONCELOS, Pedro de Almeida; CORRÊA, Roberto Lobato; PINTAUDI, Silvana Maria (org.). *A cidade contemporânea*: segregação espacial. São Paulo: Contexto, 2013. p. 97.

51 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 109.

Aqueles que ocupam centros ‘estabelecem-se’ como tendo controles sobre recursos que lhes permitem manter diferenciações entre eles próprios e os que estão nas regiões periféricas. Os estabelecidos podem empregar várias formas de fechamento social para manter a distância de outros que são efetivamente tratados como inferiores ou ‘estranhos’.⁵²

Apesar da incapacidade dos indivíduos marginalizados de consumir intensa e ininterruptamente, os atrativos da sociedade de consumidores⁵³ (entre eles o reconhecimento social), somados à imposição de fidelidade aos postulados de uma vida para o consumo,⁵⁴ constituem facetas de uma existência cruel, capaz de gerar enorme fascínio até mesmo sobre aqueles que foram por ela excluídos, ao ponto de inspirar amor e veneração aos símbolos dessa sociedade segregacionista.

Tamanha devoção por um número cada vez maior de consumidores “incapazes”, diante de suas reais condições econômicas, encontra explicação no papel que exercem a internet e as demais mídias de massa (*mass media*), visto ser a elas incumbido propagar as “boas novas” do consumismo.⁵⁵ O culto a tais símbolos, entretanto, contrasta com a precariedade e a escassez nas periferias e comunidades dos grandes centros urbanos.

A “guetificação é parte orgânica do mecanismo de disposição do lixo ativado à medida que os pobres não são mais úteis como ‘exército de reserva da produção’ e se tornam consumidores incapazes, e portanto inúteis”⁵⁶. Empurrá-los para locais distantes e condená-los a lá permanecerem, sem visibilidade e desprovidos de mecanismos de mobilidade, numa separação longitudinal e moral, é a pena cominada aos não membros, aos estranhos, a esses consumidores “incapazes” e “inúteis”.

Tudo isso, paralela e complementarmente, à “criminalização da pobreza”⁵⁷, a fim de eliminar do campo de visão da sociedade de consumidores aquilo que não reluz.

6 Referências

ADAMS, John. *Risco*. Tradução Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2009.

ALVAREZ, Isabel Pinto. A segregação como conteúdo da produção do espaço urbano.

52 GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 106.

53 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 70.

54 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 111.

55 RHEINGOLD, Howard. *The virtual community: homesteading on the electronic frontier*. Cambridge: The MIT Press, 2000. p. 305.

56 BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 108.

57 BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 109.

In: VASCONCELOS, Pedro de Almeida; CORRÊA, Roberto Lobato; PINTAUDI, Silvana Maria (org.). *A cidade contemporânea: segregação espacial*. São Paulo: Contexto, 2013. p. 111-126.

AMARAL, Francisco. O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização: do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006. p. 3-24.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Arte & Comunicação, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Superendividamento e dever de renegociação. In: LIMA, Clarissa Costade; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiências no poder judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

CARLOS, Ana Fani Alessandri. A prática espacial urbana como segregação e o “direito à cidade” como horizonte utópico. In: VASCONCELOS, Pedro de Almeida; CORRÊA, Roberto Lobato; PINTAUDI, Silvana Maria (org.). *A cidade contemporânea: segregação espacial*. São Paulo: Contexto, 2013. p. 95-110.

FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de consumo e pós-modernismo*. Tradução Júlio Assis Simões. São Paulo: Studio Nobel, 1995.

GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

HALL, Stuart. *A identidade cultural da pós-modernidade*. 11. ed. Tradução Thomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Annablume, 2005.

HUXLEY, Aldous. *Brave new world*. *Coradella Collegiate Bookshelf*, Grandview, Ohio, 2004. Disponível em: <http://www.idph.com.br/conteudos/ebooks/BraveNewWorld.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo demográfico 2010: resultados preliminares do universo. Proporção de domicílios, por classes de rendimento domiciliar per capita (%)*. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: http://atlascolar.ibge.gov.br/images/atlas/mapas_brasil/brasil_rendimento.pdf. Acesso em: 12 mar. 2016.

KELLNER, Douglas. Cultura da mídia e triunfo do espetáculo. In: MORAES, Dênis (org.). *Sociedade midiaticizada*. Rio de Janeiro: Mauad, 2006. p. 119-147.

LOMBARDI, Matheus. Êxodo rural cai pela metade em uma década, diz IBGE. *UOL Economia*, São Paulo, 29 abr. 2011. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/04/29/exodo-rural-cai-pela-metade-em-uma-decada-diz-ibge.htm#:~:text=No%20%C3%BAltimo%20censo%2C%20a%20m%C3%A9dia,caiu%20para%200%2C65%25>. Acesso em: 09 nov. 2020.

NUNES, Brasilmar Ferreira; VELOSO, Leticia. Guetos e favelas: a recorrência do “déficit” de territórios nas metrópoles contemporâneas. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 34, 2010, Caxambu/MG. *Anais ...* Caxambu: ANPCS, 2010. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/papers-34-encontro/st-8/st03-7/1335-ha-gueto-na-favela-elementos-para-uma-leitura-sociologica-das-areas-precarizadas-nas-metropoles-atuais/file>. Acesso em: 09 nov. 2020.

RHEINGOLD, Howard. *The virtual community: homesteading on the electronic frontier*. Cambridge: The MIT Press, 2000.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo:

Cortez, 2002.

SANTOS, Norberto Nunes Pinto. *A sociedade de consumo e os espaços vividos pelas famílias*: a dualidade dos espaços, a “turbulência” dos percursos e a identidade social. Coimbra: Faculdade de Coimbra, 1999.

A PROTEÇÃO JURÍDICA À LIVRE FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DE CONSUMO: O PROBLEMA DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL¹

*Lucas Abreu Barroso
Brigida Roldi Passamani*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O consumismo e sua relação com a publicidade dirigida ao público infantil. 3 A necessária regulamentação jurídica da publicidade dirigida ao público infantil. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução

Tendo a pós-modernidade como substrato factual,² vivencia-se acentuada articulação mercadológica visando a manutenção da ordem econômica, cenário fragmentário e líquido,³ conforme acepções igualmente utilizadas para evidenciar o atual processo ao qual se submetem as mais diversas sociedades, almejando-se lócus social lastreado no poder de consumo, o qual conduz indivíduos e grupos a trilhar os ilusórios caminhos da satisfação pessoal e da felicidade que não conhece limites, embora marcadas pela efemeridade.⁴

1 Texto inédito.

2 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-62.

3 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 45.

4 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 63.

Diante do poder da comunicação massificada e da publicidade como um dos instrumentos do *marketing*, o consumismo tornou-se um mecanismo essencial para se viabilizar a produção industrial e a prestação de serviços em nível global, razão pela qual resta potencializado o *risco*,⁵ dada a ampliação aos mercados e às tecnologias, sobretudo quando de seu acesso indiscriminado.⁶

É nessa esteira que os imperativos do sistema veiculam-se por intermédio do *marketing*, especialmente através da publicidade, a todo instante projetada sobre o público em geral, principalmente como forma de mascarar fenômenos verdadeiramente articulados, como o da *obsolescência programada*,⁷ sem que se possa perceber o constante descontentamento e insatisfação hauridos como contrapartida ao consumo, o qual possui por objetivo central produzir vazios a serem eternamente não preenchidos por novas demandas e novos produtos e serviços.

Na tentativa de consolidar o modelo consumista de sociedade, em expansão para além do Ocidente, delineia-se suposta autopoiese da fase do capitalismo, o qual, inexoravelmente, necessita de pessoas prontas e ávidas para dar continuidade à lógica do consumo, que somente é alcançada quando internalizados determinados valores éticos e morais desde a formação inicial da personalidade.

Trata-se do público infantil, atacado incessantemente para consumir e influenciar suas famílias no impulso de comprar. Ao assimilar desde a mais tenra idade padrões comportamentais de indivíduos adultos, fomentam uma desequilibrada lógica consumista, pois a interlocução da publicidade com a criança é verdadeiramente desleal e desprovida de igualdade. Assim, é possível concluir pela presença de uma decisiva influência da publicidade na formação da personalidade, que se aproveita da incapacidade crítica e da incompreensão cultural do público infantil acerca do mundo exterior.

Cumprе registrar que o Conselho Federal de Psicologia já se pronunciou sobre o tema:

As autonomias intelectual e moral são construídas paulatinamente. É preciso esperar, em média, a idade dos 12 anos para que o indivíduo possua um repertório cognitivo capaz de liberá-lo, tanto do ponto de vista cognitivo quanto moral, da forte referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade.⁸

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 4º, I, assevera que o consumidor deve ser reconhecido como parte vulnerável na relação jurídica de consumo. No art.

5 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 28.

6 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 47-48.

7 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 44-45.

8 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Contribuição da psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2008. p. 13.

36, determina que a “publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. No art. 37, e seu § 2º, proíbe toda publicidade abusiva, com especial menção à criança:

É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva; é abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Portanto, “a criança se apresenta na sociedade de consumo como um segmento duplamente vulnerável”⁹. Além da vulnerabilidade a que estão sujeitos todos os consumidores em geral, o público infantil ainda não é capaz de perceber a publicidade como uma tentativa de persuasão, inserindo-a diretamente na formulação de uma concepção consumerista que a ordena a comprar e a descartar como regra social de convivência.

O processo de transformação mercadológica da sociedade tenciona cada pessoa, sem distinção de idade ou de classe social, a ser consumidora final de si mesma, envolta pela liquidez de um suposto novo compromisso com a liberdade de escolha, que, em verdade, somente evidencia o fracasso desta “sociedade de prisioneiros” do excessivo consumo, do exibicionismo do íntimo e da falsa ilusão de felicidade.¹⁰

O consumo, de qualquer natureza, passou a ser o verdadeiro propósito da existência humana, habitando todos os espaços da vida.¹¹ Será o direito capaz de conferir efetividade ao art. 227 da Constituição Federal, salvaguardando o público infantil da publicidade que prejudique a livre formação de sua personalidade na sociedade de consumo brasileira?

2 O consumismo e sua relação com a publicidade dirigida ao público infantil

Uma melhor interpretação da conjuntura social requer o aprofundamento nas concepções inerentes à pós-modernidade, sucessora do capitalismo industrial e de produção.¹² Enquanto mantenedora de uma ordem comunitária quase desconexa e extremamente ambígua, a multifacetariedade converteu-se em atributo inerente

9 BRITTO, Igor Rodrigues. *Infância e publicidade: proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo*. Curitiba: CRV, 2010. p. 45.

10 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 79.

11 BAUDRILLARD, Jean A. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 19.

12 LEONARD, Annie. *A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011. p. 23.

à sociedade contemporânea, tornando-se difícil a montagem de todas as peças do quebra-cabeça social na tentativa de se obter uma compreensão universal dos fenômenos emergentes.

Emancipada dos padrões científicos aos quais a modernidade tanto demonstrava apreço e, sobretudo, apego,¹³ a pós-modernidade esboça como suas principais características a pluralidade e a complexidade, enxertadas no contexto da *revolução da técnica*, da *mundialização da economia* e da *massificação dos meios de comunicação*.¹⁴

O dinamismo das relações interpessoais em face da pluralidade marca a virada histórica da sociedade contemporânea, decorrendo deste processo a fixação da *incerteza* como ponto central do sistema social, em progressivo abandono da *certeza* como axioma fundamental de consolidação não só do direito, mas de toda a organização da comunidade.¹⁵

Neste cenário, o consumismo¹⁶ foi culturalmente enraizado no âmago social, em um movimento mercadológico articulado e muito bem planejado a partir do século XX, quando se buscaram estratégias vorazes para o crescimento do consumo, em razão do ritmo acelerado de produção.¹⁷

Desta dinâmica decorre a noção de que a produção de signos se daria pela interferência da cultura consumerista na esfera da produção da vida material,¹⁸ impondo-se o *domínio do simulacro*,¹⁹ tendo em vista que já não é mais uma preocupação a identificação dos signos com a realidade factual, havendo somente relevância a confecção, ainda que artificial, de mensagens (a partir de objetos e experiências) completamente fabricadas, pretensiosamente concebidas como mais reais que a própria realidade.

Neste ponto, mesmo as instituições de poder e o Estado são considerados signos e mistificações vazias,²⁰ uma vez que suas representações são desprovidas de qualquer conteúdo cultural verdadeiramente social, aliados ao mercado, unicamente concebidos a partir de estratégias de transformação do maior número possível de indivíduos em compulsivos consumidores, capazes de assegurar o completo escoamento da produção de mercadorias.

13 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-62.

14 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 63.

15 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 76.

16 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 33-41.

17 LEONARD, Annie. *A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011. p. 23.

18 BAUDRILLARD, Jean A. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 33.

19 BAUDRILLARD, Jean A. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 33.

20 BAUDRILLARD, Jean A. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 34.

Assim, o consumo torna-se a principal força propulsora da comunidade, possuindo o condão de coordenar a reprodução *sistêmica* do modelo vigente, enquanto propaga a estratificação social.²¹ Em especial, a lógica do descarte, como substrato deste modo de consumo, alicerça suas bases na denominada *obsolescência programada*, a partir da ideia central da reposição imediata de bens e da criação de novas (e irrelevantes) necessidades, pois nada é feito para durar.²² De forma inteiramente articulada, programa-se o encurtamento da vida útil de um bem ou produto, o qual é projetado para que sua durabilidade ou funcionamento se dê por um espaço de tempo reduzido, a fim de que os consumidores tenham de realizar sucessivas compras em períodos curtos, aumentando, assim, a lucratividade das sociedades empresariais.

Produtos “inovadores” são lançados em um ritmo cada vez mais acelerado, na busca de seduzir para o consumo, alavancando vendas e, conseqüentemente, avolumando a obtenção de lucros. Trata-se de uma readaptação das experiências e expectativas de consumo, reduzindo ciclos de vida de inúmeros bens. Vance Packard indica três modalidades de obsolescência programada: (a) obsolescência de *função*, quando um produto é ultrapassado por outro com melhor tecnologia; (b) obsolescência de *qualidade*, quando um produto é projetado para quebrar ou ser gasto em um tempo menor do que levaria em condições de normalidade; (c) obsolescência de *desejabilidade*, aquela que ocorre quando um produto em perfeito funcionamento é substituído por outro devido à padronização de novos estilos ou qualquer circunstância que o torne menos desejado.²³

Em vertiginoso contraste com a sociedade de *produtores*,²⁴ quando detinham prestígio social exclusivamente produtos duradouros e úteis por longo período (lastreados em desejos de *segurança* e *estabilidade*), a sociedade de consumo se caracteriza por instigar nos indivíduos anseios cada vez mais intensos em relação ao hábito de consumir o “novo”, numa rápida e complexa substituição de bens.

A obsolescência programada, em última instância, reflete o incentivo planejado para o rápido descarte dos produtos adquiridos, cujo objetivo volta-se para a aceleração do ciclo produção-consumo-produção ao seu potencial máximo. Diante de uma marcação temporal *pontilhista*, lastreada nas eternas sucessões de “agoras”²⁵, tudo deve ser imediatamente consumido, não havendo espaço para o velho e o ultrapassado.

21 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 41.

22 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 45.

23 PACKARD, Vance. *A estratégia do desperdício*. São Paulo: Ibrasa, 1965. p. 24.

24 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 45.

25 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 60.

A continuidade da oferta e a sucessiva necessidade de consumo constituem-se como motores do sistema consumerista, o qual indubitavelmente logrou expansão a partir da atividade publicitária como meio de divulgação do modelo econômico em curso, em especial porque com a internet as fronteiras geográficas para a aquisição de bens se tornaram inexistentes.

No documentário “A história secreta da obsolescência planejada”²⁶, Serge Lotouche afirma que os três princípios basilares para o incentivo desenfreado ao consumo são a publicidade, a obsolescência planejada e a concessão facilitada de crédito, utilizadas com o fim de promover as ideias de satisfação pessoal e “autorrealização” enquanto derradeiro caminho para a felicidade.

A importância atribuída à publicidade na pós-modernidade se dá a partir da necessária criação e ampliação de demandas de consumo, levando aos indivíduos, de forma globalizada e massificada,²⁷ a mensagem de que é necessário possuir determinados bens para se manter no cume da onda social.²⁸ Contudo, para além desses fatores, a publicidade veicula mensagens que prometem mais que a felicidade a um indivíduo; prometem a sua inscrição na sociedade, a sua “existência social” unicamente alcançada através do consumo.²⁹

Como se pôde em outro momento afirmar, “toda esta construção ideológica começa no mundo da infância”³⁰, em razão de o conteúdo da atividade publicitária dirigida às crianças não se alicerçar em qualquer parâmetro de racionalidade. A problemática volta-se para a implantação não natural de desejos irrealis, não pertencentes espontaneamente à infância.³¹

Agrava-se a situação quando este ideal é transmitido a crianças que não possuem posição socioeconômica compatível com o imperativo de consumo, circunstância que causa demasiado e desnecessário sofrimento não só às crianças, mas, sobretudo, aos pais, responsáveis por financiar os desejos consumeristas de seus filhos. O apelo ao consumo conduz à “irracionalidade de que crianças de alta renda ou de famílias socialmente e economicamente privilegiadas recebem idênticos estímulos de consumo que crianças de baixa renda, que no mais das vezes não

26 HISTÓRIA secreta da obsolescência planejada, A. 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IvAOjXGtZRC>. Acesso em: 22 maio 2022.

27 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 195.

28 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 33.

29 BARROSO, Lucas Abreu. Consumo infantil e (in)segurança alimentar no Brasil. Nota aos documentários Criança, a alma do negócio (2008) e Muito além do peso (2012). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 104, mar./abr. 2016. p. 1.

30 BARROSO, Lucas Abreu. Consumo infantil e (in)segurança alimentar no Brasil. Nota aos documentários Criança, a alma do negócio (2008) e Muito além do peso (2012). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 104, mar./abr. 2016. p. 2.

31 BARROSO, Lucas Abreu. Consumo infantil e (in)segurança alimentar no Brasil. Nota aos documentários Criança, a alma do negócio (2008) e Muito além do peso (2012). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 104, mar./abr. 2016. p. 2.

possuem condições financeiras sequer de manter uma alimentação regular”³².

Cientes, portanto, de que os efeitos da publicidade ultrapassam a perspectiva meramente econômica, influenciando a própria definição de comportamento social e a internalização de valores éticos e morais na comunidade e em seus membros, torna-se imprescindível assegurar a proteção jurídica à livre formação da personalidade na sociedade de consumo.

3 A necessária regulamentação jurídica da publicidade dirigida ao público infantil

Nos exatos termos esboçados por Jean Baudrillard:

A publicidade revela-se talvez como o mais notável meio de comunicação de massas da nossa época. [...] Cada imagem e cada anúncio impõem o consenso de todos os indivíduos virtualmente chamados a decifrá-los, ou seja, depois de descodificarem a mensagem, a aderir automaticamente ao código em que ela for codificada.³³

Arelada a um propósito precipuamente econômico, a publicidade orienta-se para dar vazão a tarefas básicas inerentes à sua própria atividade, quais sejam: despertar a atenção e o interesse dos indivíduos para determinados bens, produtos ou serviços; estimular o desejo de aquisição da mensagem de pertencimento veiculada; criar convicção acerca da necessidade de obtenção do objeto da publicidade; induzir a ação de consumir e adquirir. Distingue-se da *propaganda* porque esta volta-se à difusão de conceitos, ideias e valores não diretamente relacionados a qualquer atividade lucrativa, aprioristicamente não objetivando vantagem econômica com sua veiculação.³⁴

Entende-se a publicidade como modalidade de interferência na esfera privada individual ou coletiva, a fim de conformar e induzir a própria autonomia privada, mediante técnicas requintadas de persuasão,³⁵ a praticar aquilo que se transmite na mensagem veiculada.

Diante de seu objetivo essencialmente econômico e ciente do aparato da indústria publicitária, inclusive em nível internacional, percebe-se com total clareza a

32 BARROSO, Lucas Abreu. Consumo infantil e (in)segurança alimentar no Brasil. Nota aos documentários Criança, a alma do negócio (2008) e Muito além do peso (2012). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 104, mar./abr. 2016. p. 2.

33 BAUDRILLARD, Jean A. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 131.

34 PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no CDC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 24-26.

35 GUÉGUEN, Nicolas. *Psicologia do consumidor*: para compreender melhor de que maneira você é influenciado. Tradução de Gian Bruno Grosso. São Paulo: Senac, 2010. p. 73.

profunda disparidade de armas e o enorme desequilíbrio entre as partes da interlocução comunicativa, razão pela qual parece indiscutível a necessária regulamentação jurídica da publicidade, especialmente aquela dirigida ao público infantil.

Não se deve perder de vista que a publicidade é uma atividade constitucionalmente protegida, corolário do princípio da liberdade de expressão, presente no art. 170 da Constituição Federal. Pode igualmente ser encarada como desdobramento dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, os quais foram estabelecidos pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal como fundamentos da República Federativa do Brasil.

Não obstante, essa mesma ordem constitucional que assegura o direito ao exercício da atividade publicitária, no art. 5º, XXXII, previu que o Estado promoverá a defesa do consumidor. Além disso, insculpiu no art. 227 da Constituição Federal o princípio da proteção integral da criança, sendo dever

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

Nem se cogite aqui da tal colisão de princípios. Na verdade, o texto constitucional traçou firmes e claros balizamentos à atividade publicitária em razão de princípios de indiscutível relevância para a comunidade.

A publicidade é nuclear e essencial ao desenvolvimento, promoção e continuidade do mercado de consumo. Não se nega, assim, o fato de que há uma produção publicitária de qualidade. Convém ressaltar que não se advoga a sua vedação, mas se debate seus fins, uma vez encarada como um dos aparatos de manutenção da ordem econômica vigente, a qual acaba por promover valores éticos e morais que apregoam o individualismo e colocam em xeque o direito à livre formação da personalidade do público infantil.

A preocupação com publicidade resume-se, basicamente, à ausência de limites juridicamente estabelecidos a fim de assegurar os direitos fundamentais já invocados. Isso porque a Constituição Federal expressamente delegou ao Estado o dever de promover não só a defesa do consumidor, como a proteção integral da infância, buscando assegurar o direito à liberdade e à dignidade, como também proteger as crianças de toda forma de exploração.

É legítima, pois, a regulamentação da atividade publicitária e a fixação de critérios que lhe imponham restrições, considerando a necessidade de se preservar a autonomia individual dos destinatários da informação, se veiculada em consonância com o *direito a receber informação publicitária adequada*.

A partir da regulamentação de seu exercício, será assegurada não só ao público infantil a possibilidade de que se recebam mensagens publicitárias consoantes à ordem constitucional democrática, prevenindo-se contra a veiculação de mensagens e informações enganosas ou abusivas, vedadas nos moldes do Código de Defesa do Consumidor. Tutela-se, em última análise, a liberdade de escolha individual, pautada pela possibilidade de tomada de decisões esclarecidas e racionais.

Portanto, a atividade publicitária não pode atuar como mecanismo de violação a direitos fundamentais, pois há que conferir efetividade à liberdade de expressão e à iniciativa privada com responsabilidade social, exigindo-lhes conformação com outros direitos e garantias fundamentais constantes do ordenamento constitucional.

A atividade publicitária foi restringida pela própria Constituição Federal, quando da vedação de veiculação de mensagens publicitárias “de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3º, II) e da imposição de restrições legais à “propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias” (art. 220, § 4º).

Dessa forma, não há como não reconhecer a necessidade de tutelar destacado grupo de *hipervulneráveis*,³⁶ destinatário de proteção da família, da sociedade e do Estado. A vulnerabilidade intrínseca ao público infantil, inclusive, já fora universalmente reconhecida pela Declaração dos Direitos da Criança, adotada em 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e posteriormente respaldada por outras convenções internacionais, sendo relevante mencionar a Convenção de Direitos da Criança da ONU, em 1989.

No direito nacional, o reflexo dessas convenções internacionais acima mencionadas percebe-se na promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) e na edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), conforme previsão constitucional. O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu três hipóteses em que a publicidade será ilícita, portanto, vedada a sua veiculação, sob pena de responsabilidade: a propaganda (a) enganosa; (b) abusiva; (c) aquela em que não seja possível perceber o caráter publicitário da interlocução da informação.

É abusiva, conforme previsto no art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança para tentar persuadi-la a consumir aquilo que se oferece. Observe-se que não é vedada pelo ordenamento jurídico a publicidade dirigida à criança; é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. Por meio desta vedação

36 MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 95, set./out. 2014. p. 6.

é que se busca respaldo para que sejam destrinchadas as hipóteses em que a abusividade se demonstra latente perante a vulnerabilidade do público infantil.

Contudo, a fixação de critérios para a aferição objetiva do conteúdo abusivo encontra severas barreiras diante da ausência de vontade política e de autocritica advinda da iniciativa privada, especialmente por parte das agências publicitárias relacionadas ao Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), em razão da existência do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Não parece crível esperar que um código *autorregulamentador*, produzido pelas próprias agências de publicidade por intermédio do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, desempenhe o papel para o qual o Estado fora destinado. Por se tratar de entidade não governamental constituída por publicitários e profissionais liberais da área, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária não exerce censura prévia sobre peças publicitárias (e nem possui competência político-jurídica para tal finalidade).

Mantido pela contribuição das principais entidades da publicidade brasileira e seus filiados – anunciantes, agências e veículos –, relegar a proteção jurídica do público infantil aos promotores da atividade (e àqueles que lucram com ela) equivale a se omitir da tarefa de proteção integral à criança e ao consumidor, conferindo total ineficácia aos princípios e regras do ordenamento jurídico nacional.³⁷

Versando sobre o mesmo tema, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) editou a Resolução n. 163/2014, a qual dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. Nesse sentido, prevê o art. 5º da Lei n. 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância):

Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.

Com natureza jurídica diametralmente oposta ao Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente é um órgão colegiado permanente de caráter deliberativo e de

³⁷ Há que se mencionar que o código redigido pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária prevê prescrições específicas quanto à abusividade da publicidade infantil, prescrevendo *recomendações* para que se evitem determinados tipos de publicidade quanto esta for direcionada a tal público. Não havendo qualquer característica de coercibilidade, tais recomendações são, ao fim e ao cabo, completamente ignoradas pelos anunciantes. Não obstante, em caráter otimista, poderão servir de marco interpretativo aos intérpretes da lei no tocante à identificação do conteúdo abusivo em face da exploração da deficiência de julgamento e experiência da criança.

composição paritária, criado a partir da previsão legal constante do art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Integra a estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e possui como escopo principal conferir eficácia à proteção integral da criança.

Ao contrário das associações privadas, compete ao Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente elaborar normas gerais da política nacional, com natureza de lei,³⁸ cujo objetivo é o atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução cujas linhas de ação e diretrizes estão estabelecidas nos arts. 87 e 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Resolução n. 163/2014 sofreu rigorosas críticas, algumas questionando a sua própria validade e aplicabilidade no âmbito publicitário.³⁹ Entretanto, os passos seguintes no Superior Tribunal de Justiça permitem concluir contrariamente ao discurso da iniciativa privada. A sua 2ª Turma, em decisão inédita sobre o tema à época, decidiu no sentido de proibir a publicidade de alimentos dirigida às crianças. Em foco estava a campanha da Bauducco “É Hora de Shrek”. Com ela, os relógios de pulso com a imagem do ogro Shrek e as de outros personagens do desenho animado poderiam ser adquiridos mediante apresentação de cinco embalagens dos produtos “Gulosos”, além de pagar a quantia de R\$ 5,00 (cinco reais). Em decisão procedente unânime à Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo, tendo como *amicus curiae* o Instituto Alana, restou configurada a abusividade da publicidade dirigida ao público infantil pelo simples direcionamento a este grupo, além de restar configurada a venda casada, reafirmando em sua fundamentação o princípio da proteção integral à criança e a vedação da exploração de sua condição de hipervulnerabilidade diante de inserção desleal e precoce no âmbito consumerista mercadológico.⁴⁰

Passos largos e promissores têm sido dados em relação à regulamentação jurídica da publicidade dirigida ao público infantil. Contudo, a abusividade na publicidade infantil pode ser cotidianamente constatada nos meios de comunicação e nos mais variados espaços de consumo destinados às crianças, “futuros consumidores” em formação da personalidade.

38 MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 95, set./out. 2014. p. 23.

39 Posicionamentos contrários alegavam ser o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente órgão do Poder Executivo cuja prerrogativa se limitava a executar políticas públicas ligadas à criança e ao adolescente. Desta forma, ao editar a Resolução n. 163/2014, estariam legislando sobre matéria alheia à sua competência normativa. Alegavam, ainda, estar a resolução limitada à regulamentação daquilo que estabelecessem as leis federais que tratam da matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente e Código de Defesa do Consumidor) e a Constituição Federal, não sendo possível ampliar qualquer proteção ao público infantil.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.558.086-SP. (2015/0061578-0). 2. T. Relator: Min. Humberto Martins, j. 10/08/2016. Pandurata Alimentos Ltda e Ministério Público do Estado de São Paulo. *Diário Eletrônico de Justiça*, Brasília, ago. 2016.

4 Conclusão

Pelas lentes da pós-modernidade é possível observar como resultado histórico a problematização das relações interpessoais, as quais se tornam cada vez mais complexas e plurais. O progressivo abandono do paradigma moderno revelou uma ordem (des)articulada de consumo, em que as relações do indivíduo e da coletividade entre si e com as instituições de poder refletem um processo de fragmentação e fragilização político-social, principalmente sob um contexto de mundialização da economia e de massificação dos meios de comunicação.

Tomando-se em conta a sociedade do consumo e do risco, e a “democratização” do acesso a ela, percebe-se que o homem procedeu à transformação de si próprio em mercadoria, processo que vem sendo intensificado quando se trata da parcela infantil da sociedade contemporânea. O acesso desenfreado e desregulamentado deste grupo de hipervulneráveis aos anúncios publicitários antecipa a criação de uma massa de consumidores sem autonomia do ponto de vista social, econômico, cultural, político e ambiental.

Assim, a proteção jurídica à livre formação da personalidade na sociedade de consumo visa prevenir a formação de uma massa de consumidores alienados, dos quais decorrem comportamentos individualistas, com potencial, inclusive, para colocar em risco os valores democráticos.

Não se trata de violar a liberdade de expressão (publicitária) ou a iniciativa privada, sequer de atentar contra o domínio econômico. Trata-se de garantir aos indivíduos em formação da personalidade o direito de angariar repertório cognitivo capaz de emancipá-los criticamente das fontes externas (mercado), assegurando a sua real liberdade de ser e de escolher, bem como a sua autonomia individual ante o imperativo do consumo.

A partir da vedação da publicidade abusiva direcionada às crianças, passou-se a trilhar os primeiros degraus em direção a um repensar crítico do problema da publicidade dirigida ao público infantil. Muito ainda há por fazer.

5 Referências

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-77.

BARROSO, Lucas Abreu. Consumo infantil e (in)segurança alimentar no Brasil. Nota aos documentários *Criança, a alma do negócio* (2008) e *Muito além do peso* (2012). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 104, mar./abr. 2016. (versão RT online).

BAUDRILLARD, Jean A. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.558.086-SP. (2015/0061578-0). 2. T. Relator: Min. Humberto Martins, j. 10/08/2016. Pandurata Alimentos Ltda e Ministério Público do Estado de São Paulo. *Diário Eletrônico de Justiça*, Brasília, ago. 2016.

BRITTO, Igor Rodrigues. *Infância e publicidade: proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo*. Curitiba: CRV, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Contribuição da psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2008.

GUÉGUEN, Nicolas. *Psicologia do consumidor: para compreender melhor de que maneira você é influenciado*. Tradução de Gian Bruno Grosso. São Paulo: Senac, 2010.

HISTÓRIA secreta da obsolescência planejada, A. 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=lvAOjXGtZRC>. Acesso em: 22 maio 2022.

LEONARD, Annie. *A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 95, set./out. 2014. (versão RT online).

PACKARD, Vance. *A estratégia do desperdício*. São Paulo: Ibrasa, 1965.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no CDC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

A GRATUIDADE DA JUSTIÇA PARA MENOR DE IDADE EM AÇÃO DE ALIMENTOS¹

Lucas Abreu Barroso
Sara Rodrigues Pereira Assis

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A gratuidade da justiça como instrumento de efetividade do acesso à justiça. 3 A gratuidade da justiça para menor de idade em ação de alimentos. 4 Conclusões. 5 Referências.

1 Introdução

A sociedade contemporânea (ou contemporaneidade) é comumente denominada “pós-moderna”, sendo esta expressão uma mostra de sua ruptura com a modernidade. Além de representar uma perspectiva temporal, o termo “pós” aponta para a superação do domínio da racionalização e da subjetividade, próprio do pensamento moderno.²

Verifica-se, pois, a transição de uma sociedade fundada no individualismo, na razão e na certeza, para uma sociedade marcada pelo pluralismo e por um elevado grau de complexidade,³ de modo que as estruturas e os mecanismos típicos da modernidade já não são capazes de atender às suas exigências.

Aludir à transição verificada com o advento da contemporaneidade impõe falar

1 Texto originalmente publicado em: BARROSO, L. A.; ASSIS, S. R. P. A gratuidade da justiça para menor de idade em ação de alimentos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 23, p. 799-813, 2022.

2 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 62 e 66.

3 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 72-73.

da necessidade de câmbio dos modelos mentais de compreensão da realidade, que, na sociedade pós-industrial, assumem novos caracteres.⁴ Esses traços distintivos refletiram no campo jurídico, porque enquanto o sistema buscou manter-se intacto, a realidade a ele subjacente foi sendo alterada.⁵

Assim, não se podem ignorar os influxos da contemporaneidade sobre o direito, notadamente uma concreta mudança de sentido na disciplina jurídica das relações interpessoais. Não mais se revela adequada uma normatividade construída e sustentada a partir de um sistema autorreferente de sua abstrata racionalidade dogmática,⁶ sob pena de o direito restar alijado da evolução da experiência social.

Verifica-se no direito a travessia de um paradigma com lastro no racionalismo, no individualismo, na subjetividade, no formalismo e na segurança jurídica (formal), para um paradigma fundado na centralidade da constituição, na personalização, no pensamento problemático e na mitigação da certeza e da segurança jurídica (formal) em favor do primado da justiça.⁷

Neste contexto, deve ser percebida a gratuidade da justiça para menor de idade em ação de alimentos, de forma a conduzir a decisões judiciais que permitam assegurar, a um só tempo, a aplicação das proposições normativas vigentes e a justiça no caso concreto,⁸ desde logo não sendo aceitável confundir a situação financeira do menor de idade (beneficiário) com a de seu/sua representante/assistente legal.

2 A gratuidade da justiça como instrumento de efetividade do acesso à justiça

O procedimento judicial impõe o seu (parcial) custeio àqueles que dele se utilizam, por meio de um sistema de custas e despesas processuais. Exige, em tese, o pagamento antecipado dos gastos necessários à movimentação do aparato judiciário, convertendo a existência de recursos econômicos pelo jurisdicionado em pressuposto ao acesso à justiça.⁹ Ocorre que enquanto estabelece o pagamento de custas e despesas processuais como “pressuposto indeclinável” para se buscar

4 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 63.

5 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 67.

6 NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 3, p. 51.

7 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 76-77.

8 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 44.

9 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, p. 537.

a via judicial de solução de conflitos, concomitantemente priva os desprovidos de receberem a devida tutela jurisdicional.¹⁰

Entretanto, o acesso à justiça configura a “pedra de toque” das questões contemporâneas do direito processual, porquanto garantia essencial à defesa dos direitos fundamentais.¹¹ A propósito, o vigente texto constitucional tornou, ele próprio, o acesso à justiça um direito fundamental, ao prever no art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.¹²

Com fulcro no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal (CF) e nos arts. 98 a 102 do Código de Processo Civil (CPC), a gratuidade da justiça representa “isenção individual, incondicional e intransmissível concedida à parte”¹³ no que concerne ao dever de antecipar as despesas necessárias à prática dos atos processuais, sendo este benefício deferido em favor daquele que demonstrar necessidade econômica. Anote-se, no entanto, que a necessidade econômica não se confunde com um estado de miserabilidade, pois aquela se relaciona, efetivamente, com a ausência de recursos da parte para arcar com as despesas processuais decorrentes da demanda judicial almejada.¹⁴

Para o requerimento dos benefícios da gratuidade da justiça, basta à parte interessada declarar-se desprovida de fundos para arcar com as custas, com as despesas do processo e com o pagamento dos honorários advocatícios (art. 98, *caput*, do CPC e art. 1º, § 2º, da Lei n. 5.478/1968). A esse respeito, cumpre observar que, sendo o requerimento de gratuidade da justiça formulado por pessoa natural, a declaração de hipossuficiência que a fundamenta é presumidamente verdadeira.¹⁵

Esta presunção é instituída em lei, a fim de privilegiar o acesso à justiça, já que seriam incompatíveis com esta garantia constitucional “eventuais delongas processuais antecedentes à concessão das gratuidades pelo juiz”¹⁶. Trata-se, entretanto, de presunção de veracidade *iuris tantum* (art. 1º, § 3º, da Lei n.

10 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, p. 336.

11 GORON, Lívio Goellner. Acesso à justiça e gratuidade: uma leitura na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 195, p. 249-277, maio 2011. *Versão digital*.

12 RUIZ, Ivan Aparecido; SENGIK, Kenza Borges. O acesso à justiça como direito e garantia fundamental e sua importância na constituição da República Federativa de 1988 para a tutela dos direitos da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Maringá, v. 13, n. 1, p. 209-235, jan./jun. 2013. p. 219: “[...] de maneira que se pressupõe que todos, indistintamente, possuem o direito de postular, perante os órgãos do Poder Judiciário, a tutela jurisdicional adequada e efetiva, respeitando-se, por óbvio, as garantias do devido processo legal e, principalmente, o seu consectário, o princípio do contraditório e da ampla defesa e, ainda, as normas de ordem processual aplicáveis à espécie”.

13 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, p. 539-540.

14 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, p. 556.

15 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1, p. 505.

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2, p. 798.

5.478/1968), incumbindo à outra parte a apresentação de prova apta a infirmar a alegação de insuficiência de recursos formulada pela parte requerente.¹⁷

Assim, não se pode afastar a relevância da gratuidade da justiça e de sua adequada interpretação e aplicação, pois se está diante da garantia constitucional do acesso à justiça, a qual, apesar de sua difícil definição, aponta para duas finalidades essenciais: “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”¹⁸.

A essencialidade do direito a alimentos para viabilizar uma vida digna àqueles que por si mesmos não reúnem condições de satisfazer suas necessidades existenciais e a recorrência com que crianças e adolescentes precisam ingressar em juízo para pleitear alimentos impõem repensar a gratuidade da justiça no processo civil brasileiro, questionando-se o que deve ser considerado para a concessão do benefício na ação de alimentos cujo autor seja menor de idade.

3 A gratuidade da justiça para menor de idade em ação de alimentos

Diante da exigência de o alimentando menor de idade estar representado ou assistido para defender suas pretensões em juízo, surge o seguinte questionamento: a análise da insuficiência de recursos visando a concessão da gratuidade da justiça na ação de alimentos deve ser realizada sobre a situação financeira do alimentando menor de idade (criança ou adolescente) ou do seu representante/assistente legal, o mais das vezes sua genitora?

O entendimento que se busca sedimentar, a partir de pesquisa sobre o problema proposto, volta-se à promoção da dignidade de crianças e adolescentes por meio do acesso à justiça, de modo a suprir suas necessidades materiais e, por conseguinte, assegurar o pleno desenvolvimento de suas personalidades e potencialidades psicofísicas.

O direito a alimentos é sobremodo relevante, mormente se considerado que não se alude a um fenômeno jurídico isolado, mas que compõe um conjunto de interações que geralmente ocorre dentro de famílias em litígio,¹⁹ o que exige ainda mais do direito (processual) no intuito de garantir a sua efetividade.

Contudo, é evidente o inexpressivo tratamento acerca da sequência alimentos – capacidade processual – gratuidade da justiça, tanto na legislação quanto na

17 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, p. 561-562.

18 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

19 Vide HUSNI, Alicia; RIVAS, Maria Fernanda. *Famílias em litígio: perspectiva psicossocial*. 2. ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013. E-book.

doutrina. Nesse sentido, importa, inicialmente, identificar a parte autora na ação de alimentos. Para Cândido Rangel Dinamarco, o demandante (autor, na fase de conhecimento, ou exequente, no cumprimento de sentença) é aquele que “externa sua dupla pretensão ao Estado-juiz”, a fim de que (i) este preste o serviço jurisdicional, e, por meio deste serviço, (ii) realize seu interesse em alcançar dado bem da vida.²⁰ Partindo de tal compreensão, infere-se que no pleito de alimentos por crianças e adolescentes, são estes sujeitos de direito, por certo, que assumem a posição de autores da causa.

Devido à ausência da capacidade processual de crianças e adolescentes, necessário que sejam representados ou assistidos, conforme dispõe o art. 71 do CPC: “O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei”.

Infere-se, pois, que o representante e o assistente *não são partes*. As regras de direito material e processual determinam, em específicas situações, que os direitos e os interesses de uma pessoa sejam defendidos por ou junto a outra, tal como ocorre com os incapazes, os quais são necessariamente representados ou assistidos,²¹ e que, apesar disso, permanecem como partes no processo.

É exatamente o caso do menor de idade na ação de alimentos. Como aduz Fredie Didier Jr., “em uma ação de alimentos proposta por um filho incapaz, o pai ou mãe pode ser o seu representante processual. A parte é o incapaz; o pai ou a mãe pode ser apenas o seu representante, e não o seu substituto processual”²². Portanto, não restam dúvidas de que a parte na ação de alimentos é a criança e o adolescente, e não seu representante ou assistente legal, não havendo que se cogitar de substituição processual.

Não se sustenta, destarte, qualquer fundamentação que vincule a concessão da gratuidade da justiça à situação financeira ou ao patrimônio pessoal do representante ou assistente do alimentando (menor de idade), haja vista que se trata de benefício pessoal (art. 99, § 6º, do CPC) concedido à parte desprovida de meios para arcar com as custas, com as despesas do processo e com o pagamento dos honorários advocatícios,²³ e não a quem lhe complementa a capacidade processual. Com efeito, depreende-se que o benefício é concedido ao credor dos alimentos, que não possui renda ou patrimônio; do contrário, nem precisaria demandá-los judicialmente.

20 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2, p. 137.

21 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2, p. 138-139.

22 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1, p. 401.

23 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, p. 539.

Como bem salientado por Maria Berenice Dias, forçoso concluir que a concessão da gratuidade da justiça independe da situação financeira ou do patrimônio pessoal do representante/assistente legal do alimentando (menor de idade), conquanto a análise das possibilidades do credor (menor de idade) é que irá respaldar os benefícios advindos da gratuidade da justiça.²⁴

Nada obstante, a jurisprudência não é majoritariamente orientada no sentido de considerar a situação financeira do alimentando (menor de idade) quando da análise da gratuidade da justiça na ação de alimentos proposta por crianças ou adolescentes. Observa-se com recorrente habitualidade a exigência de comprovação da insuficiência de rendimentos ou patrimônio do representante/assistente legal do credor dos alimentos (menor de idade) para o deferimento da gratuidade da justiça, chegando-se ao extremo do indeferimento do benefício simplesmente em razão do endereço residencial do alimentando (menor de idade) e seu representante/assistente legal, o mais das vezes sua genitora.

Nos termos atuais, a prática jurídica acaba por se afastar da decisão correta sobre o problema em relevo. Isso porque, considerando que o alimentando (menor de idade), em sua quase totalidade, não possui renda ou patrimônio próprio, verifica-se que ele, por não contar com os recursos necessários para assumir os custos do processo, faz jus, necessariamente, à gratuidade da justiça.

Ao atrelar a apreciação do requerimento de gratuidade da justiça à situação financeira do representante/assistente legal da criança ou adolescente que pleiteia em juízo seu direito a alimentos, privilegia-se o pagamento dos encargos econômicos oriundos da movimentação da máquina estatal para a prestação jurisdicional em detrimento da tutela de direitos que promovem a sobrevivência (minimamente) digna daqueles que não podem suprir, por si mesmos, suas mais básicas necessidades materiais.

Criou-se um ambiente de insegurança para o alimentando (menor de idade) que, nesse cenário, passa de sujeito de direito a *eventual* sujeito de direito,²⁵ podendo ver-se privado dos benefícios que lhe são reservados por lei, com os custos do processo sendo suportados por terceiros, ou com a desistência da propositura da demanda judicial em face da indisponibilidade de o assistente/representante legal assumi-los.

Outrossim, o exame de decisões sobre o tema evidencia a necessidade de serem explicitados, de maneira clara, os critérios adotados para o deferimento ou o indeferimento da gratuidade da justiça no cotidiano forense. Em geral, valem-se as decisões de expressões genéricas, com completa ausência de cotejo com os elementos do caso, inviabilizando a identificação dos fundamentos fático-jurídicos assumidos pelo juízo.

24 DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. E-book.

25 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 40.

Ao se perquirir em que bases comumente se procede à apreciação da gratuidade da justiça em causas em que se discute, exclusivamente, o direito a alimentos nas quais o polo ativo é ocupado por crianças ou adolescentes, não raras vezes se verifica a impossibilidade de se identificar a qual situação financeira foi vinculada a análise visando a concessão da gratuidade da justiça, se do alimentando (menor de idade) ou de seu representante/assistente legal.

Cabe indagar, assim, se tais decisões atendem, de forma satisfatória, ao comando constitucional de fundamentação das decisões (art. 93, IX), igualmente presente na lei processual civil (art. 489, II e § 1º). Estando-se diante do direito fundamental à motivação, tem-se que esta deve ser expressa, clara, coerente e lógica.²⁶ Conhecendo as razões de decidir, as partes estarão habilitadas para, desejando, impugnar de maneira adequada o provimento que lhes for desfavorável.²⁷

A partir de uma fundamentação adequada é que se possibilita o reconhecimento dos critérios da decisão e sua crítica. Portanto, a inadequação dos pronunciamentos judiciais quanto ao tema revisitado, comumente verificada nas causas de alimentos propostas por alimentando (menor de idade), não reside somente em critérios que não privilegiam a efetividade do direito a alimentos, mas principalmente em sua escassa fundamentação, a qual nem sequer permite discernir quais foram os padrões decisórios que influíram no convencimento do julgador.

Na análise de julgados dos Tribunais de Justiça, verificou-se ser escasso o tratamento específico do tema. Entretanto, vale assinalar que os julgados que exteriorizaram os parâmetros do juízo exercido acerca da gratuidade da justiça nas causas de alimentos tendo como autor alimentando menor de idade, o fizeram seguindo a orientação proposta neste artigo.

Nesse sentido, a título de exemplo, os Agravos de Instrumento n. 70010148724/RS, 70077207249/RS e 20150020183896/DF:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA.

Em se tratando de ação de alimentos proposta por um menor e um incapaz, impositiva a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, pois há que se atentar às condições econômicas da parte e não de seu representante legal.²⁸

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. RESTABELECIMENTO.

Em razão da presunção de hipossuficiência econômica (art. 1º, § 3º, da Lei de Alimentos) e do princípio da proteção integral, que recomenda seja facultado ao menor litigar gratuitamente para assegurar seus direitos, deve ser restabelecido o beneplácito da gratuidade judiciária. Agravo de

26 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1, p. 441.

27 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1, p. 444.

28 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento n. 70010148724. Relatora: Maria Berenice Dias, j. 01/11/2004. *Diário de Justiça*, Porto Alegre, 01 nov. 2004.

instrumento provido, em monocrática.²⁹

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE POBREZA. DESNECESSIDADE. MENOR DE IDADE QUE NÃO TRABALHA. AUSÊNCIA DE RENDA. LEI DE ALIMENTOS. PRESUNÇÃO DE MISERABILIDADE. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.

1. Consoante art. 1º da Lei n. 5.478/68, basta a simples afirmação do menor interessado sobre sua impossibilidade de arcar com as custas do processo sem prejuízo de sua própria subsistência e de sua família para a concessão do benefício.

2. Se o autor apresenta documentos demonstrando que é menor de idade e que não possui emprego, mostra-se desarrazoada a decisão que indefere a gratuidade judiciária com lastro na renda mensal do representante legal da parte autora.

3. Na espécie, o benefício da gratuidade de justiça é cabível pela simples demonstração nos autos de que o autor da ação de alimentos é menor e não trabalha, não tendo rendimentos para arcar com as custas processuais. Não se deve confundir a situação financeira do menor com a de sua representante legal. Ademais, sendo o requerente menor a depender de alimentos do genitor, resta evidente que faz jus ao direito vindicado.

4. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada.³⁰

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por certo merece destaque o julgamento, no ano de 2020, do Recurso Especial n. 1807216/SP. Nele, a Terceira Turma do STJ concluiu ser indevida a vinculação da situação financeira de pessoa distinta da parte quando da análise da gratuidade da justiça. Assim, sendo a parte autora o alimentando menor de idade, não poderá ser considerada a situação financeira de seu assistente/representante legal.

Se antes não se encontrava, entre os julgados do Tribunal da Cidadania, o enfrentamento específico do tema, a partir da apreciação deste Recurso Especial vislumbra-se uma possível superação do impreciso entendimento que atualmente permeia o dia a dia das varas de família país afora, pois os desacertos comumente verificados na prática forense restaram devidamente afastados pelo julgamento da Terceira Turma do STJ.

Na espécie, quadra registrar que o julgamento em questão deu-se em controvérsia oriunda da fase de cumprimento de sentença condenatória de alimentos, na qual foram negados os benefícios da gratuidade da justiça pleiteados pelos filhos do devedor, que estavam representados por sua genitora. A negativa, em 1º grau, fundou-se na ausência de comprovação da situação financeira desfavorável da genitora dos autores. Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a partir de notória confusão entre as figuras das partes e de sua representante legal,

29 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento n. 70077207249. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 03/04/2018. *Diário de Justiça Eletrônico*, Porto Alegre, 04 abr. 2018.

30 DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça (1ª Turma Cível). Agravo de Instrumento n. 20150020183896. Relator: Alfeu Machado, j. 21/10/2015. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 06 nov. 2015.

sustentou a existência de indícios acerca da possibilidade de aquelas suportarem o pagamento das custas processuais, dada a profissão exercida por sua genitora.

Afastando as motivações acima, a Ministra Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial, asseverou que, em função da natureza personalíssima do direito à gratuidade da justiça, os pressupostos exigidos para a sua concessão devem ser preenchidos pela parte – o alimentando (menor de idade) –, e não por seu assistente/representante legal. Ademais, acertadamente, a relatora apontou ser indevida a imposição de restrições injustificadas ao direito de ação, mormente ao se considerar a natureza alimentar da obrigação em debate.

Adotando tal entendimento, concluiu a Terceira Turma do STJ que:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA DE ALIMENTOS. DIREITO AO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. NATUREZA INDIVIDUAL E PERSONALÍSSIMA. EXTENSÃO A TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES A PARTIR DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DE PESSOA DISTINTA DA PARTE, COMO A REPRESENTANTE LEGAL DE MENOR. VÍNCULO forte ENTRE DIFERENTES SUJEITOS DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DO MENOR. AUTOMÁTICO EXAME DO DIREITO À GRATUIDADE DE TITULARIDADE DO MENOR À LUZ DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DOS PAIS. IMPOSSIBILIDADE. CRITÉRIOS. TENSÃO ENTRE A NATUREZA PERSONALÍSSIMA DO DIREITO E INCAPACIDADE ECONÔMICA DO MENOR. PREVALÊNCIA DA REGRA DO ART. 99, §3º, DO NOVO CPC. ACENTUADA PRESUNÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DO MENOR. CONTROLE JURISDICIONAL POSTERIOR. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E CONTRADITÓRIO. RELEVÂNCIA DO DIREITO MATERIAL. ALIMENTOS. IMPRESCINDIBILIDADE DA SATISFAÇÃO DA DÍVIDA. RISCO GRAVE E IMINENTE AOS CREDORES MENORES. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO INJUSTIFICADA AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. REPRESENTANTE LEGAL QUE EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL. VALOR DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. IRRELEVÂNCIA.

1- Recurso especial interposto em 18/05/2018 e atribuído à Relatora em 13/02/2019.

2- O propósito recursal é definir se, em ação judicial que versa sobre alimentos ajuizada por menor, é admissível que a concessão da gratuidade de justiça esteja condicionada a demonstração de insuficiência de recursos de seu representante legal.

3- O direito ao benefício da gratuidade de justiça possui natureza individual e personalíssima, não podendo ser automaticamente estendido a quem não preencha os pressupostos legais para a sua concessão e, por idêntica razão, não se pode exigir que os pressupostos legais que autorizam a concessão do benefício sejam preenchidos por pessoa distinta da parte, como o seu representante legal.

4- Em se tratando de menores representados pelos seus pais, haverá sempre um forte vínculo entre a situação desses dois diferentes sujeitos de direitos e obrigações, sobretudo em razão da incapacidade civil e econômica do próprio menor, o que não significa dizer, todavia, que se deva automaticamente examinar o direito à gratuidade a que poderia fazer jus o menor à luz da situação financeira de seus pais.

5- A interpretação que melhor equaliza a tensão entre a natureza

personalíssima do direito à gratuidade e a notória incapacidade econômica do menor consiste em aplicar, inicialmente, a regra do art. 99, §3º, do novo CPC, deferindo-se o benefício ao menor em razão da presunção de sua insuficiência de recursos, ressalvada a possibilidade de o réu demonstrar, com base no art. 99, §2º, do novo CPC, a posteriori, a ausência dos pressupostos legais que justificam a gratuidade, o que privilegia, a um só tempo, os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do contraditório.

6- É igualmente imprescindível que se considere a natureza do direito material que é objeto da ação em que se pleiteia a gratuidade da justiça e, nesse contexto, não há dúvida de que não pode existir restrição injustificada ao exercício do direito de ação em que se busque o adimplemento de obrigação de natureza alimentar.

7- O fato de o representante legal das partes possuir atividade remunerada e o elevado valor da obrigação alimentar que é objeto da execução não podem, por si só, servir de empecilho à concessão da gratuidade de justiça aos menores credores dos alimentos.

8- Recurso especial conhecido e provido.³¹

Os dados colhidos pelo estudo que se encerra e seu cotejo com os enunciados normativos constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema, assim também com a bibliografia especializada, permitem afirmar ser inadiável a necessidade de que a prática forense, ao analisar a insuficiência de recursos e a correlata declaração de hipossuficiência, visando a concessão da gratuidade da justiça ao alimentando menor de idade, efetivamente o faça em relação à situação financeira da criança ou adolescente que pleiteia alimentos.

Nem por isso se propõe aqui uma prestação jurisdicional gratuita a todas as crianças e/ou adolescentes, esvaziando o sentido da gratuidade de justiça, mas que sua correta e adequada concessão evite que os custos do processo obstaculizem o exercício jurisdicional dos direitos,³² em especial o direito a alimentos, essencial à promoção de uma vida (minimamente) digna.

4 Conclusões

Com alicerce em uma interpretação crítica e constitucionalizada das categorias jurídicas envolvidas, este artigo se dispôs a repensá-los de maneira atual, a apresentar soluções para os casos concretos e a extrair sentidos do direito material e processual a partir da pessoa humana e dos valores democráticos, de modo a permitir que o direito alcance efetividade social.

Sob essa ótica, foram revisitados o direito a alimentos, o acesso à justiça, a

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial n. 1807216/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, j. 04/02/2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 06 fev. 2020.

32 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1, p. 151.

capacidade processual, o direito fundamental à motivação e a gratuidade da justiça no ordenamento jurídico brasileiro, com a atenção voltada para a família e seus conflitos, concluindo-se pelo papel primordial do processo judicial na tutela da verba alimentar, a fim de garantir uma existência (minimamente) digna do alimentando (menor de idade).

A partir da prática forense urge alguns inadiáveis ajustes. Primeiro, por terem sido encontradas muitas decisões cuja fundamentação é escassa relativamente ao requerimento de gratuidade da justiça, o que inviabiliza: (i) o reconhecimento dos critérios que influíram na construção do pronunciamento judicial, e (ii) a impugnação de seus termos. Segundo, por ainda se mostrarem uma realidade no foro judicial decisões que vinculam a concessão da gratuidade da justiça aos recursos financeiros e ao patrimônio do representante/assistente legal do alimentando (menor de idade).

A concessão da gratuidade da justiça em causas de alimentos envolvendo crianças e/ou adolescentes constitui instrumento de efetividade do acesso à justiça, pelo que se encerra concluindo pela necessária adequação dos padrões decisórios atuais à situação financeira do alimentando (menor de idade) que pleiteia a verba alimentar, buscando averiguar se ele conta com recursos para, por si mesmo, arcar com as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, o que, via de regra, não se constata.

5 Referências

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-77.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 2 v.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial n. 1807216/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, j. 04/02/2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 06 fev. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2.

DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça (1ª Turma Cível). Agravo de Instrumento n. 20150020183896. Relator: Alfeu Machado, j. 21/10/2015. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 06 nov. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

GORON, Lívio Goellner. Acesso à justiça e gratuidade: uma leitura na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 195, p. 249-277, maio 2011. *Versão digital*.

HUSNI, Alicia; RIVAS, Maria Fernanda. *Famílias em litigio: perspectiva psicossocial*. 2. ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013. *E-book*.

NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 3.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento n. 70010148724. Relatora: Maria Berenice Dias, j. 01/11/2004. *Diário de Justiça*, Porto Alegre, 01 nov. 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento n. 70077207249. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 03/04/2018. *Diário de Justiça Eletrônico*, Porto Alegre, 04 abr. 2018.

RUIZ, Ivan Aparecido; SENGIK, Kenza Borges. O acesso à justiça como direito e garantia fundamental e sua importância na constituição da República Federativa de 1988 para a tutela dos direitos da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, v. 13, n. 1, p. 209-235, jan./jun. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

AGÊNCIAS REGULADORAS, RESOLUÇÃO N. 400 DA ANAC E O DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR¹

*Lucas Abreu Barroso
Maria Júlia Ferreira Mansur*

SUMÁRIO: 1 Introito. 2 O desvio produtivo do consumidor. 3 O papel fiscalizador das agências reguladoras. 4 A Resolução n. 400 da ANAC e seu Compêndio de Fiscalização: instrumentos aptos a evitar o desvio produtivo do consumidor? 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introito

O tempo - ou melhor, como se percebe o tempo - tornou-se uma questão decisiva na pós-modernidade. Zygmunt Bauman, acerca da modernidade líquida, categoria cunhada por ele, pontuou que “as pessoas que se movem e agem com maior rapidez, que mais se aproximam do momentâneo do movimento, são as pessoas que agora mandam”².

Na modernidade líquida, a instantaneidade tornou-se regra e faz com que cada momento pareça ter capacidade infinita. Essa infinitude não permite que haja limites ao que pode ser extraído de determinado momento, por mais breve que ele seja.³

1 Texto originalmente publicado em: BARROSO, L. A.; MANSUR, M. J. F. Agências reguladoras, Resolução n. 400 da ANAC e o desvio produtivo do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 130, p. 333-348, 2020.

2 BAUMAN, Zygmunt. *A modernidade líquida*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 139.

3 BAUMAN, Zygmunt. *A modernidade líquida*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 145.

A ideia do tempo com capacidade infinita mostra-se real e cada vez mais fácil de visualizar no dia a dia. Com o avanço da tecnologia e, principalmente, dos meios de comunicação, tudo se movimenta com muita rapidez e para diversas direções.

Segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2017 a expectativa de vida do brasileiro era de 76 anos.⁴ Percebe-se que os seres humanos possuem um tempo limitado e finito, no qual podem efetivar infinitas possibilidades e projetos.

Independentemente do valor econômico e do significado social atribuído às atividades que possam ser desenvolvidas ao longo da vida, o fato é que cada uma delas tem seu papel na construção e na manutenção da vida das pessoas. Desde o estudo e o trabalho, ou mesmo aquelas reservadas para descanso, lazer e convívio, cada uma demonstra a importância do tempo na sociedade pós-moderna.

Cada momento da vida, por menor que ele seja e por mais insignificante que possa parecer, tem seu valor e é voltado para a execução não só de uma, mas de múltiplas atividades. E é nesse contexto que o desvio produtivo do consumidor, a partir do qual o dano produzido atinge diretamente o tempo das pessoas, alterando suas rotinas, alcança relevo juridicamente.

Antes de adentrar no tema central, cabe ressaltar alguns pontos sobre a matéria consumerista para uma melhor compreensão da análise proposta. Esse campo jurídico “trata de um direito de proteção da parte vulnerável em uma relação de consumo”⁵. A relação de consumo “é aquela que se estabelece necessariamente entre fornecedores e consumidores, tendo por objeto a oferta de produtos ou serviços no mercado de consumo”⁶.

Na perspectiva do direito do consumidor, como deveriam se desenrolar as relações de consumo? Cabe ao fornecedor, em observância aos seus deveres legais, colocar no mercado produtos e serviços que possuam padrões adequados de qualidade-adequação e qualidade-segurança, prestando informações, sanando dúvidas sobre eles e agindo sempre de boa-fé.⁷ Assim, caso esses produtos ou serviços apresentem vícios ou defeitos, cabe ao fornecedor resolvê-los de forma espontânea, rápida e efetiva, reparando os danos porventura causados aos consumidores.⁸

Destaca-se que a perspectiva narrada é uma situação ideal. Contudo, não é

4 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Em 2017, expectativa de vida era de 76 anos. *Agência IBGE Notícias*, Rio de Janeiro, 29 nov. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23200-em-2017-expectativa-de-vida-era-de-76-anos>. Acesso em: 30 jul. 2019.

5 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 29.

6 DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 80.

7 DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição especial do autor, 2017. p. 58-59.

8 DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição especial do autor, 2017. p. 58-59.

isso que ocorre com regularidade no mercado. A realidade que se observa não raras vezes é a do mau atendimento pelo fornecedor. Isso “se evidencia quando a empresa, descumprindo sua missão e a lei, fornece um produto final defeituoso ou emprega uma prática abusiva no mercado, assim criando um problema de consumo potencial ou efetivamente danoso”⁹, que se agrava quando ela se exime de suas responsabilidades.

2 O desvio produtivo do consumidor

Segundo informações constantes de boletim do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC), em 2018 foram realizados 2.274.191 (dois milhões, duzentos e setenta e quatro mil e cento e noventa e um) atendimentos pelos PROCONs;¹⁰ desses, 69% (sessenta e nove por cento) representam reclamações ou denúncias.

A publicação do SINDEC, de 2016, já apontava que as três atividades econômicas com mais reclamações em todo o país eram as relacionadas à telefonia celular, compreendendo 338.247 (trezentos e trinta e oito mil, duzentos e quarenta e sete) reclamações; à telefonia fixa, com 241.311 (duzentos e quarenta e um mil, trezentos e onze) reclamações; e ao cartão de crédito, com 183.846 (cento e oitenta e três mil, oitocentos e quarenta e seis) reclamações.¹¹

Esse mau atendimento pode conduzir ao que hoje é conhecido como desvio produtivo do consumidor, uma vez que situações em que não haja uma resolução espontânea, rápida e efetiva por parte do fornecedor, colocam o consumidor diante de duas possibilidades: assumir o prejuízo gerado¹² ou tentar solucionar o problema, desperdiçando, ou melhor, desviando seu tempo e modificando suas atividades cotidianas.¹³

O desvio produtivo do consumidor ocorre quando o consumidor, sentindo-se prejudicado pela prática abusiva do fornecedor, opta por despender parte do seu tempo vital adiando ou suprimindo atividades, a fim de tentar solucionar problemas dela decorrente.¹⁴

9 DESSAUNE, Marcos. Código de Atendimento ao Consumidor (CAC 2017). In: DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição especial do autor, 2017. p. 316.

10 BRASIL. Ministério da Justiça. *Boletim Sindec 2018*. Brasília: Secretaria Nacional do Consumidor, 2018. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec/boletins-sindec>. Acesso em: 30 jul. 2019.

11 BRASIL. Ministério da Justiça. *Boletim Sindec 2016*. Brasília: Secretaria Nacional do Consumidor, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec/boletins-sindec>. Acesso em: 27 fev. 2018.

12 DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 119, p. 89-103, set./out. 2018. [versão digital].

13 DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição especial do autor, 2017. p. 25.

14 DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 119, p. 89-103, set./out. 2018. [versão digital].

Neste artigo, o desvio produtivo do consumidor é analisado com fulcro na atuação das agências reguladoras. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “agência reguladora, em sentido amplo, seria, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta”¹⁵, cabendo “organizar determinado setor afeto à agência, bem como controlar as entidades que atuam nesse setor”¹⁶.

As agências reguladoras devem proporcionar um ambiente favorável à prevenção do desvio produtivo do consumidor, promovendo o bom atendimento e a harmonização nas relações de consumo.

Entretanto, como o mau atendimento se apresenta com grande habitualidade no mercado nacional, o enfoque a ser dado às agências reguladoras visará precipuamente analisar até que ponto elas estão sendo eficazes contra a ocorrência do desvio produtivo do consumidor.

Neste estudo, o enfoque estará centrado na atuação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). De acordo com as informações apresentadas no Boletim do SINDEC, o transporte aéreo é um dos setores que mais levam consumidores aos PROCONs; é um segmento monitorado constantemente pelos órgãos de defesa do consumidor.¹⁷ Ressalta-se ainda que, num comparativo entre 2017 e 2018, o transporte aéreo teve um aumento de 22,8% (vinte e dois vírgula oito por cento) nos atendimentos pelos PROCONs.¹⁸

De acordo com a própria apresentação constante do sítio da ANAC, esta agência atua na promoção de melhorias na prestação de serviços do setor, assim como na segurança da aviação civil, além de estimular a concorrência,¹⁹ sendo uma de suas funções a elaboração de normas visando a obtenção dos mencionados objetivos.

Com efeito, o estudo desenvolvido tem por objetivo analisar a efetividade da ANAC em prevenir a ocorrência do desvio produtivo do consumidor e tem como parâmetro a Resolução n. 400, de 13/12/2016, e seu Compêndio de Fiscalização.

Esses instrumentos normativos apresentam condições gerais para o transporte aéreo, sendo que a investigação proposta está direcionada às regras aplicáveis aos atrasos e aos cancelamentos de voos e às hipóteses de preterição de passageiros.

Em seu aspecto teórico, o desvio produtivo do consumidor decorre da tentativa do consumidor, por ele próprio, de solucionar situação lesiva a que o fornecedor

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 540.

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 541.

17 BRASIL. Ministério da Justiça. *Boletim Sindec 2016*. Brasília: Secretaria Nacional do Consumidor, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec/boletins-sindec>. Acesso em: 27 fev. 2018.

18 BRASIL. Ministério da Justiça. *Boletim Sindec 2018*. Brasília: Secretaria Nacional do Consumidor, 2018. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec/boletins-sindec>. Acesso em: 30 jul. 2019.

19 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. *O que fazemos*. Brasília, 22 mar. 2019. Disponível em: http://www.anac.gov.br/A_Anac/o-que-fazemos. Acesso em: 28 fev. 2018.

deu causa e se esquivou de resolver.²⁰

Ao assumir deveres operacionais e custos materiais que seriam do fornecedor, o consumidor incorre também em efetiva redução patrimonial.²¹ Destaca-se, inclusive, que, mais das vezes, os consumidores precisam se afastar de sua fonte geradora de renda para eliminar o problema pendente.²² De outro lado, o fornecedor transfere deveres e custos, auferindo lucro adicional e injustificado.²³

Quanto aos tribunais, até recentemente, a jurisprudência tradicional manifestava-se no sentido de que a “*via crucis* percorrida pelo consumidor”²⁴, ao enfrentar os problemas de consumo gerados pelo próprio fornecedor de produtos ou serviços, representava *mero dissabor* ou *mero aborrecimento*, não sendo, portanto, um dano indenizável.

Entretanto, verifica-se uma crescente inclinação pela aplicabilidade da teoria do desvio produtivo do consumidor, demonstrando, assim, uma preocupação dos tribunais em estabelecer um novo padrão de atendimento ao consumidor, privilegiando e respeitando o seu tempo de vida.²⁵ Tanto é assim que o próprio Superior Tribunal de Justiça vem aplicando esse entendimento, conforme se pode constatar na decisão monocrática do ministro Marco Aurélio Bellizze, no AREsp 1.260.458/SP²⁶.

Também os tribunais estaduais reconhecem a inovação teórica de autoria do capixaba Marcos Dessaune, culminando há pouco no cancelamento pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por meio do Processo Administrativo n. 0056716-18.2018.8.19.0000²⁷, de sua Súmula n. 75, que consagrava a ideia de mero aborrecimento.

3 O papel fiscalizador das agências reguladoras

As agências reguladoras surgiram no Brasil quando se concluiu que o Estado não dispunha de recursos suficientes para realizar todos os investimentos que lhe eram exigidos, transferindo, assim, para o setor privado a execução de uma ampla

20 DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição especial do autor, 2017. p. 272-273.

21 DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição especial do autor, 2017. p. 88.

22 DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição especial do autor, 2017. p. 272-277.

23 DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição especial do autor, 2017. p. 88.

24 DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição especial do autor, 2017. p. 275.

25 DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição especial do autor, 2017. p. 282.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 1.260.458-SP. 3. T. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 25/04/2018. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 25 abr. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201800548680&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 30 jul. 2019.

27 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo Administrativo n. 0056716-18.2018.8.19.0000. Órgão Especial. Relator: Des. Mauro Pereira Martins, j. 18/12/2018. *Diário de Justiça Eletrônico*, Rio de Janeiro, 19 dez. 2018. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201824000012>. Acesso em: 30 jul. 2019.

gama de serviços públicos.²⁸

Essa política teve início com a Medida Provisória n. 155/1990, transformada na Lei n. 8.031/1990, pela qual foi instituído o Programa Nacional de Desestatização, pretendendo a reordenação econômica do Estado e passando para a iniciativa privada atividades antes exploradas pelo setor público.²⁹ Ao Estado cabem, desde então, o planejamento, a regulação e a fiscalização dessas atividades por meio das agências reguladoras.

As agências reguladoras são identificadas como autarquias especiais,³⁰ entes descentralizados da Administração Pública, com personalidade jurídica de direito público, com autonomia, inclusive, quanto à gestão administrativa e financeira, possuindo patrimônio e receita própria.³¹

Para melhor possibilitar a organização e o controle, visando a prestação adequada de determinada atividade, foi conferida às agências reguladoras, de acordo com Luís Roberto Barroso, uma função normativa de largo alcance:

A dificuldade está em que, embora em alguns casos seja possível dizer que a lei apenas atribui um espaço discricionário amplo aos agentes administrativos, em outros há verdadeira delegação de funções do Legislativo para a agência, transferindo-se quase inteiramente a competência para disciplinar determinadas questões. O problema aqui, naturalmente, é o confronto dessas disposições com o princípio da legalidade, que, embora passe por ampla reformulação, continua a funcionar como uma das mais importantes garantias individuais, nos termos do art. 5º, II, da Constituição.³²

No caso da ANAC, sua criação se deu pela Lei n. 11.182/2005. Pode ser constatado no seu art. 8º, IV, que cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e o fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade. Compete-lhe, ainda, realizar estudos, estabelecer normas, promover a implementação das normas e recomendações internacionais, observados os acordos, tratados e convenções de que seja parte a República Federativa do Brasil.

Com base na função normativa que lhe foi conferida, a ANAC editou várias resoluções ao longo dos anos no intuito de disciplinar o setor de transporte

28 BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, jul. 2002. p. 293.

29 MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. São Paulo: Manole, 2003. p. 6.

30 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 315: "autarquia de regime especial é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública".

31 BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, jul. 2002. p. 295-299.

32 BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, jul. 2002. p. 306.

aéreo, entre as quais se destaca nesta abordagem crítica a Resolução n. 400, de 13/12/2016, estabelecendo as condições gerais aplicáveis ao transporte aéreo regular de passageiros, doméstico e internacional, também aplicáveis aos voos não regulares em que houver assentos comercializados individualmente e oferecidos ao público (art. 1º).

4 A Resolução n. 400 da ANAC e seu Compêndio de Fiscalização: instrumentos aptos a evitar o desvio produtivo do consumidor?

Inicialmente, considerando a Resolução n. 400 e seu Compêndio de Fiscalização, cabe pontuar que não foram muitas as modificações se comparadas com a Resolução n. 141, de 09/03/2010, no que se refere aos atrasos e aos cancelamentos de voos e às hipóteses de preterição de passageiros.

Uma alteração provocada pela Resolução n. 400 impôs ao transportador manter os passageiros informados, no máximo, a cada 30 (trinta) minutos quanto à previsão de novo horário da partida do voo nos casos de atraso (art. 20, §1º).³³ Na Resolução n. 141 (art. 2º e parágrafos),³⁴ havia apenas a previsão de que o transportador, ao constatar que um voo iria atrasar, deveria informar o passageiro sobre o atraso, o motivo e a previsão do horário de partida, pelos meios de comunicação disponíveis, como também manter o passageiro informado quanto à previsão atualizada do horário de partida do voo.

Com essa mudança, a ANAC legitimou os atrasos de voos, como se esses fossem normais e admissíveis.³⁵ A agência determinou apenas que a empresa informasse aos passageiros, a cada 30 (trinta) minutos, sobre a nova previsão do horário de partida. Tal situação se mostra inaceitável e abusiva. A agência reguladora deveria incentivar o bom atendimento, determinando que as transportadoras cumprissem os horários previstos, obviamente admitidas certas excludentes, ao invés de dar margem ao aumento do número de atrasos.³⁶

33 “Art. 20 [...] § 1º O transportador deverá manter o passageiro informado, no máximo, a cada 30 (trinta) minutos quanto à previsão do novo horário de partida do voo nos casos de atraso.

34 “Art. 2º O transportador, ao constatar que o voo irá atrasar em relação ao horário originalmente programado, deverá informar o passageiro sobre o atraso, o motivo e a previsão do horário de partida, pelos meios de comunicação disponíveis. § 1º O transportador deverá manter o passageiro informado quanto à previsão atualizada do horário de partida do voo. § 2º Quando solicitada pelo passageiro, a informação deverá ser prestada por escrito pelo transportador.”

35 SILVA, Joseane Suzart Lopes da. A Resolução 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a Proteção dos Usuários dos serviços de Transporte Aéreo de Passageiros com Esteio no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 111, p. 151-195, maio/jun. 2017. [versão digital].

36 SILVA, Joseane Suzart Lopes da. A Resolução 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a Proteção dos Usuários dos serviços de Transporte Aéreo de Passageiros com Esteio no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 111, p. 151-195, maio/jun. 2017. [versão digital].

A Resolução n. 400 deixou explícita, no art. 23, *caput* e §1º,³⁷ a possibilidade de ocorrência de preterição de passageiros nos casos em que o transportador vender número de assentos superior à capacidade da aeronave. Na Resolução n. 141 apenas havia menção à preterição de passageiros, sem, contudo, explicitar a questão do excesso de passagens.

Quanto a essa alteração, novamente foi estabelecida condição verdadeiramente absurda. Isso porque a agência reguladora textualmente reconheceu o *overbooking*, permitindo que o número de passageiros exceda o número de assentos. Ao assim proceder, a ANAC permite que os passageiros comprem passagens aéreas e vislumbrem a possibilidade de não conseguir embarcar, diante de provável excedente de passageiros, desrespeitando o fiel cumprimento dos termos contratados e violando a boa-fé do passageiro ao se programar para embarcar em determinado voo e horário.³⁸

Peca a Resolução n. 400 pela não apresentação das alternativas de reacomodação, em voo próprio ou de outro transportador, reembolso integral e execução de transporte por outra modalidade, nos casos de atrasos de voos inferiores a 4 (quatro) horas.

O seu art. 21, *caput* e incisos de I a IV, c/c o art. 28,³⁹ deixa nítido que tais alternativas são garantidas apenas aos atrasos de voo superiores a 4 (quatro) horas, assim como nos casos de cancelamento de voo ou de interrupção do serviço, preterição de passageiro e perda de voo subsequente pelo passageiro, nos voos com conexão, quando a causa da perda for motivada pelo transportador.

Urge pontuar que a exclusão dos voos com atrasos inferiores a 4 (quatro) horas afronta diretamente o Código de Defesa do Consumidor, como também o Código Civil.

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 35, preceitua que se o fornecedor deixar de cumprir oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá exigir o cumprimento forçado da obrigação, aceitar outro produto ou prestação de serviço

37 “Art. 23. Sempre que o número de passageiros para o voo exceder a disponibilidade de assentos na aeronave, o transportador deverá procurar por voluntários para serem reacomodados em outro voo mediante compensação negociada entre o passageiro voluntário e o transportador. § 1º A reacomodação dos passageiros voluntários em outro voo mediante a aceitação de compensação não configurará preterição.”

38 SILVA, Joseane Suzart Lopes da. A Resolução 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a Proteção dos Usuários dos serviços de Transporte Aéreo de Passageiros com Esteio no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 111, p. 151-195, maio/jun. 2017. [versão digital].

39 “Art. 21. O transportador deverá oferecer as alternativas de reacomodação, reembolso e execução do serviço por outra modalidade de transporte, devendo a escolha ser do passageiro, nos seguintes casos: I - atraso de voo por mais de quatro horas em relação ao horário originalmente contratado; II - cancelamento de voo ou interrupção do serviço; III - preterição de passageiro; e IV - perda de voo subsequente pelo passageiro, nos voos com conexão, inclusive nos casos de troca de aeroportos, quando a causa da perda for do transportador.”

“Art. 28. A reacomodação será gratuita, não se sobreporá aos contratos de transporte já firmados e terá precedência em relação à celebração de novos contratos de transporte, devendo ser feita, à escolha do passageiro, nos seguintes termos: I - em voo próprio ou de terceiro para o mesmo destino, na primeira oportunidade; ou II - em voo próprio do transportador a ser realizado em data e horário de conveniência do passageiro.”

equivalente ou, ainda, rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e perdas e danos.

O art. 741 do Código Civil prevê que, ao se interromper a viagem por qualquer motivo alheio à vontade do transportador, ainda que em consequência de evento imprevisível, fica ele obrigado a concluir o transporte contratado em outro veículo da mesma categoria, ou, com a anuência do passageiro, por modalidade diferente, à sua custa, correndo também por sua conta as despesas de estada e alimentação do usuário, durante a espera de novo transporte.

Nas palavras de Marié Miranda e Cláudia Lima Marques, “nota-se que uma resolução infralegal não poderia ser contrária à lei ou retirar direitos do consumidor, e muito menos através de norma oriunda de uma agência governamental e de um governo federal, que deveria defender os interesses do cidadão”⁴⁰.

Aos passageiros de voos com atrasos inferiores a 4 (quatro) horas, a Resolução n. 400 apenas oferece assistência material, conforme dispõe seu art. 27.⁴¹ Tal dispositivo prevê que em caso de voos com atrasos superiores a 1 (uma) hora será concedida facilidade de comunicação; nos atrasos superiores a 2 (duas) horas, alimentação de acordo com o horário, por meio de fornecimento de refeição ou de *voucher* individual.

Além de afrontar previsões legais, a Resolução n. 400 ainda falha ao determinar assistência material que, em muitos casos, pode ser considerada insuficiente.

Amanda Flávio de Oliveira, na apresentação à 2ª edição da obra de Marcos Dessaune, exemplifica de maneira bastante didática os problemas relativos à normativa em pauta:

Escrevo esta breve apresentação em uma segunda-feira de manhã, durante um voo, após ser submetida a um atraso de quase quatro horas na partida. Um incidente ocorrido em solo na aeronave impediu o embarque dos passageiros para o voo seguinte. Éramos mais de cem passageiros, aguardando para realizar o trajeto Brasília-Belo Horizonte. A empresa aérea não foi capaz de fornecer solução ágil para o problema e se recusou a tentar realocar os passageiros em outros voos de outras companhias que possuíam poltronas vagas, mesmo que alguns deles alegassem compromissos realmente urgentes que os aguardavam em BH. Em razão do atraso, reuniões foram perdidas, palestras canceladas, bancas de doutorado tiveram que convidar examinadores suplentes, consultas médicas foram inviabilizadas, almoços de aniversário contaram com menos um participante e por aí vai a lista de reflexos pessoais e

40 MIRANDA, Marié; MARQUES, Cláudia Lima. Comentário à Resolução 400 da ANAC, de 13 de dezembro de 2016, que viola o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 110, p. 525-528, mar./abr. 2017. [versão digital].

41 “Art. 27. A assistência material consiste em satisfazer as necessidades do passageiro e deverá ser oferecida gratuitamente pelo transportador, conforme o tempo de espera, ainda que os passageiros estejam a bordo da aeronave com portas abertas, nos seguintes termos: I - superior a 1 (uma) hora: facilidades de comunicação; II - superior a 2 (duas) horas: alimentação, de acordo com o horário, por meio do fornecimento de refeição ou de voucher individual; e III - superior a 4 (quatro) horas: serviço de hospedagem, em caso de pernoite, e traslado de ida e volta.”

individuais do atraso. A título de reparação, devido ao 'curto' período de espera, a empresa ofereceu água mineral e sanduíche, desde que o passageiro apresentasse, na longa fila que se formou, o bilhete indicativo do voo em atraso. Anote-se que o tratamento concedido pela empresa aérea encontra-se em consonância com as normas da agência reguladora do setor para a hipótese.⁴²

Na época do caso narrado ainda estava em vigor a Resolução n. 141. Contudo, como se sabe, em relação à reacomodação em voos de terceiros e à assistência material não houve mudança na Resolução n. 400.

Parece evidente que ela não soluciona os problemas dos passageiros com atrasos de voos inferiores a 4 (quatro) horas, oferecendo assistência material suficiente apenas para evitar o total desamparo do consumidor. Não serão facilidades de comunicação e de alimentação que solucionarão as necessidades prementes com que os consumidores poderão se deparar na hipótese de atraso de voo, ainda que inferior a 4 (duas) horas.⁴³

Em caso de compromissos urgentes e inadiáveis, os passageiros ficam impotentes diante das soluções previstas na Resolução n. 400, haja vista que a própria normativa da agência reguladora transparece conivência com as empresas aéreas em não solucionar de modo satisfatório e da forma mais adequada os danos causados pelo atraso sofrido.

Sustenta-se, pois, que a diretriz menos danosa, buscando prevenir o desvio produtivo do consumidor, consiste em a empresa aérea oferecer reacomodação em voo próprio ou de terceiro para o mesmo destino, na primeira oportunidade possível, diminuindo o quanto antes os efeitos do atraso, como nos voos com atrasos superiores a 4 (quatro) horas. Também deveriam ser obrigatórias as possibilidades de reembolso e de execução do serviço por outra modalidade para que o passageiro pudesse mitigar seus prejuízos.

Conclui-se, assim, que a Resolução n. 400 e seu Compêndio de Fiscalização realizaram modificações prejudiciais e mantiveram normas que podem desencadear o desvio produtivo do consumidor no cotidiano das relações contratuais relacionadas ao transporte aéreo de passageiros.

42 DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição especial do autor, 2017. p. 9.

43 SILVA, Joseane Suzart Lopes da. A Resolução 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a Proteção dos Usuários dos serviços de Transporte Aéreo de Passageiros com Esteio no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 111, p. 151-195, maio/jun. 2017. [versão digital].

5 Responsabilização da ANAC por ineficiência na prevenção do desvio produtivo do consumidor?

Considerando os problemas apontados na Resolução n. 400 e seu Compêndio de Fiscalização, seria possível a responsabilização da ANAC por ineficiência na prevenção do desvio produtivo do consumidor no âmbito do transporte aéreo de passageiros?

Afastada qualquer pretensão de aprofundar o tema acerca da responsabilidade das agências reguladoras, questiona-se, diante da ocorrência do desvio produtivo do consumidor no transporte aéreo de passageiros, sobretudo quando o dano ocorre respaldado na Resolução n. 400, se a ANAC também poderia ser responsabilizada conjuntamente com a empresa que assumiu o compromisso pelo voo.

A responsabilidade do Estado por atos legislativos/normativos apresentou considerável crescimento na jurisprudência, começando a surgir, inclusive, especulações sobre a responsabilidade das agências reguladoras por danos causados por atos normativos veiculados por essas autarquias especiais.⁴⁴

A responsabilidade objetiva do Estado está expressa na Constituição de 1988, que prevê no art. 37, § 6º, a responsabilização dos agentes públicos por atos comissivos, bastando para sua caracterização da existência do nexo de causalidade, não sendo necessário averiguar a culpa do Estado ou do agente administrativo.

As agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público. Podem, dessa forma, adquirir direitos e contrair obrigações, inclusive as de indenizar pelos atos danosos que causar, bem como se fazer representar em juízo.⁴⁵ Assim, “como sujeitos de direitos e obrigações, as agências devem ser acionadas diretamente pelos prejuízos causados em decorrência de suas ações”⁴⁶.

Considerando que com a Resolução n. 400, a ANAC editou ato normativo que contribui para a ocorrência do desvio produtivo do consumidor, ao não fornecer alternativas, além daquela prevista como assistência material, para os casos de atrasos de voos inferiores a 4 (quatro) horas, como também encoberta a ocorrência de atrasos de voos e de *overbooking*, poderia ela, ao menos em tese, ser responsabilizada pelos danos causados aos consumidores do transporte aéreo de passageiros.

44 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Responsabilidade civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa Administração Pública. *Cadernos da Escola de Direito*, Curitiba, v. 1, n. 8, p. 157-166, jan./jul. 2008. p. 163-164.

45 VALDÉS, Daisy de Asper. Responsabilidade civil do Estado e as agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 159, p. 181-192, jul./set. 2003. [versão digital].

46 VALDÉS, Daisy de Asper. Responsabilidade civil do Estado e as agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 159, p. 181-192, jul./set. 2003. [versão digital].

6 Conclusão

Tendo em vista que a ocorrência do desvio produtivo acarreta danos, muitas vezes irreversíveis, aos consumidores do transporte aéreo de passageiros, compete precipuamente à ANAC prevenir a ocorrência do mau atendimento pelos fornecedores. Sua lei instituidora atribuiu-lhe função normativa com essa finalidade, o que possibilitou a edição da Resolução n. 400 e seu Compêndio de Fiscalização.

Contudo, essa agência reguladora não tem demonstrado resultados satisfatórios na prevenção do desvio produtivo do consumidor, com destaque para problemas decorrentes de atrasos e de cancelamentos de voos, reacomodação, assistência material e preterição de passageiros. Além disso, o marco regulatório estabelecido pela Resolução n. 400, em alguns pontos vai de encontro ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor, retirando direitos dos consumidores.

Uma crescente aceitação da teoria do desvio produtivo do consumidor no meio jurídico brasileiro, consequência da preocupação em se estabelecer um novo padrão ético de atendimento para as relações contratuais no transporte aéreo de passageiros, está a exigir da ANAC uma maior dinâmica e eficiência em sua atuação.

7 Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. *O que fazemos*. Brasília, 22 mar. 2019. Disponível em: http://www.anac.gov.br/A_Anac/o-que-fazemos. Acesso em: 28 fev. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, jul. 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *A modernidade líquida*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Boletim Sindec 2016*. Brasília: Secretaria Nacional do Consumidor, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec/boletins-sindec>. Acesso em: 27 fev. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Boletim Sindec 2018*. Brasília: Secretaria Nacional do Consumidor, 2018. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec/boletins-sindec>. Acesso em: 30 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 1.260.458-SP. 3. T. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 25/04/2018. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 25 abr. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201800548680&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 30 jul. 2019.

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição especial do autor, 2017.

DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 119, p. 89-103, set./out. 2018. [versão digital].

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Em 2017, expectativa de vida era de 76 anos. *Agência IBGE Notícias*, Rio de Janeiro, 29 nov. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23200-em-2017-expectativa-de-vida-era-de-76-anos>. Acesso em: 30 jul. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Marié; MARQUES, Cláudia Lima. Comentário à Resolução 400 da ANAC, de 13 de dezembro de 2016, que viola o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 110, p. 525-528, mar./abr. 2017. [versão digital].

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. São Paulo: Manole, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Responsabilidade civil do Estado: reflexões a partir

do direito fundamental à boa Administração Pública. *Cadernos da Escola de Direito*, Curitiba, v. 1, n. 8, p. 157-166, jan./jul. 2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo Administrativo n. 0056716-18.2018.8.19.0000. Órgão Especial. Relator: Des. Mauro Pereira Martins, j. 18/12/2018. *Diário de Justiça Eletrônico*, Rio de Janeiro, 19 dez. 2018. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201824000012>. Acesso em: 30 jul. 2019.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. A Resolução 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a Proteção dos Usuários dos serviços de Transporte Aéreo de Passageiros com Esteio no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 111, p. 151-195, maio/jun. 2017. [versão digital].

VALDÉS, Daisy de Asper. Responsabilidade civil do Estado e as agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 159, p. 181-192, jul./set. 2003. [versão digital].

NOVAS TECNOLOGIAS DE DETERMINAÇÃO DA PATERNIDADE E INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL NA AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA¹

Lucas Abreu Barroso
Lorenzo Caser Mill

SUMÁRIO: 1 Abertura. 2 A petição de herança e sua natureza jurídica. 3 (In) adequação do prazo prescricional geral do Código Civil? 4 A questão do início da contagem do prazo prescricional. 5 Novas tecnologias de determinação da paternidade e o prazo extintivo da pretensão do exercício do direito de ação na petição de herança. 6 Referências.

1 Abertura

Considerada a transmissão automática da herança com a morte (*droit de saisine*), *i. e.*, uma transmissão *ipso iure*, os herdeiros investem-se legalmente na totalidade do patrimônio do falecido, que será objeto de inventário e, se for o caso, de partilha.

Contudo, cumpre observar que, fortuitamente ou não, em detrimento dos herdeiros, o acervo hereditário, ou parte dele, pode ser transmitido a quem não possui título sucessório, ou mesmo restar vacante. Há também a possibilidade da transmissão da herança a pessoas com título sucessório, todavia, com preterição

¹ Texto originalmente publicado em: BARROSO, L. A.; MILL, L. C. Novas tecnologias de determinação da paternidade e início do prazo prescricional na ação de petição de herança. *In*: Ehrhardt Júnior, MARCOS; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (org.). *Direito civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 373-381.

de outras pessoas em idêntica situação jurídica. Para todos esses casos, o direito brasileiro disciplinou a ação de petição de herança.

Este estudo abordará a *petitio hereditatis* a partir da natureza jurídica, para, em seguida, adentrar na problemática do prazo prescricional, com destaque para o início de sua contagem. Por fim, tecerá crítica na esteira do recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em virtude da aplicação da teoria da *actio nata subjetiva* quando a condição de herdeiro depender de prévio reconhecimento judicial, com força bastante para perenizar conflitos patrimoniais, sobretudo se consideradas as novas tecnologias de determinação da paternidade.

2 A petição de herança e sua natureza jurídica

O Código Civil dispõe sobre a ação de petição de herança (*petitio hereditatis*) no art. 1.824, voltada ao herdeiro que pretenda “demandar o reconhecimento de seu direito sucessório”. Tem como objetivo a “restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua”.

Tal ação almeja a “declaração da qualidade de herdeiro, como também a restituição do patrimônio deixado pelo *de cujus* ao patrimônio do herdeiro em melhor situação sucessória, mas que da sucessão se encontra afastado”².

Parece claro, quanto à natureza jurídica, que a ação de petição de herança conserva natureza mista,³ sendo, simultaneamente, declaratória e condenatória.⁴

Isso porque o que se pede é o reconhecimento da qualidade de herdeiro do demandante em relação à sucessão por morte de determinada pessoa (natureza declaratória) e, por consequência e derivação,⁵ a restituição do todo ou de parte da herança que por direito lhe couber,⁶ configurando uma prestação (natureza condenatória).

Essa particularidade já seria suficiente para suscitar a questão do prazo

2 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20, p. 193.

3 PORTO, Mário Moacyr. Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança - estudo de direito comparado. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, São Paulo, v. 4, p. 263-271, ago. 2011. p. 2. AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Droit civil français*. 6th. ed. par Paul Esmein. Paris: Librairies Techniques, 1954. t. X § 16. n. 2.

4 Vale recordar que Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda rechaçava a ideia da ação meramente declarativa (ou declaratória), pois além da *declaração* outras eficácias “variavam e mostram a especialidade das ações declarativas e das sentenças declarativas” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. t. 2, p. 40 e 119-120).

5 MORAES, Walter. *Programa de direito das sucessões: teoria geral e sucessão legítima*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 91.

6 GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 282; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20, p. 193.

extintivo da pretensão do exercício do direito de ação, conforme será abordado no tópico seguinte. No entanto, antes de se concluir pela natureza jurídica da petição de herança como ação declaratória e condenatória, deve-se tê-la essencialmente como uma *ação real*, uma vez que se pode exercê-la “contra qualquer terceiro possuidor e se destina a reivindicar os bens da herança”⁷.

Nas palavras de Luiz Antônio Alves Torrano,

se o pedido de restituição da herança, ou de parte dela, é o elemento identificador da petição de herança, a sua natureza é real, uma vez que, atente-se, o direito por ela assegurado, no tocante a essa devolução dos bens hereditários, é o domínio deles ao herdeiro por ocasião da abertura da sucessão transmitido. E domínio é direito real (art. 1.225, inc. I do CC), o que implica ser real a natureza jurídica da dita ação.⁸

Demonstra também sua natureza real a similitude com a ação reivindicatória, embora com esta não se confunda. Para Humberto Theodoro Júnior,

não há diferença substancial entre a ação de petição de herança e a ação reivindicatória. O que as distingue, praticamente, é que a petição de herança tem caráter *universal*, isto é, com ela visa-se a uma universalidade, que é o patrimônio deixado pelo *de cujus*. Já a reivindicatória, propriamente dita, é sempre uma ação *singular* ou particular, ou seja, uma demanda em torno apenas de coisa ou coisas individualizadas.⁹

Por isso, a petição de herança “está para a herança como a reivindicatória para a propriedade. Descansa a mesma na postulação da qualidade de herdeiro e se lograr sair vitorioso na demanda, adquirirá o autor direito de receber a herança reclamada, ou o quinhão hereditário que lhe couber”¹⁰.

É, a petição de herança, assim como a reivindicatória para a propriedade, uma reivindicação do título hereditário, o qual confere subjetivamente a qualidade pessoal de herdeiro e objetivamente a transferência patrimonial.¹¹ Trata-se, enfim, de ação real, mas também universal, dadas: (i) a previsão do direito à sucessão como bem imóvel (art. 80, II, CC) e (ii) a indivisibilidade da herança enquanto um todo unitário (art. 1.791, CC).

7 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3. § 131, p. 657.

8 TORRANO, Luiz Antônio Alves. *Petição de herança*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007. p. 21.

9 THEODORO JÚNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, São Paulo, v. 6, p. 225-252, ago. 2011. p. 227.

10 MONTEIRO, Washington de Barros. Da ação de reivindicação. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 60, p. 148-165, 1965. p. 152-153.

11 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3. § 131, p. 657.

3 (In)adequação do prazo prescricional geral do Código Civil?

Considerada a petição de herança uma ação de natureza jurídica mista, portanto, declaratória e condenatória, tem-se uma dualidade no que tange ao prazo extintivo da pretensão para o exercício do direito de ação: sua natureza declaratória impõe a imprescritibilidade, haja vista que “o conceito de ação declaratória é visceralmente inconciliável com os institutos da prescrição e da decadência”¹²; enquanto a natureza condenatória remeteria à prescrição do direito material que se visa tutelar, adotando-se o prazo de dez anos diante da ausência de previsão legal específica (art. 205, CC).

Esse foi o raciocínio operado pela jurisprudência, que optou pela prescritibilidade da petição de herança nos moldes de qualquer outra ação patrimonial: seria ela puramente econômica, e não uma ação de estado, consoante a transcrição quase exata da lição de Humberto Theodoro Júnior: “a ação de investigação de paternidade, sim, como ação declaratória de estado, não incorreria jamais em prescrição, mesmo porque, em princípio, nenhuma ação puramente declaratória se sujeita a prescrição; já a *hereditatis petitio* seria passível de prescrição”¹³, dada sua vinculação a direitos subjetivos de índole patrimonial. Em resumo, transcorrido o prazo de dez anos, a pretensão à herança seria destituída do seu caráter econômico e se restringiria à certeza de um *status*, transformando-se em mera ação declaratória sem qualquer fim sucessório.¹⁴

Entretanto, atentando-se à natureza jurídica da petição de herança como ação real, a característica da perpetuidade da propriedade impõe sua imprescritibilidade. Desse modo, como na doutrina de Orlando Gomes, subsiste a ação de petição de herança no tempo em que perdurar o direito de propriedade do herdeiro, não se sujeitando à prescrição.¹⁵

No mesmo sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

A petição de herança não prescreve. A ação é imprescritível, podendo, por isso, ser intentada a qualquer tempo. Isso assim se passa porque a qualidade de herdeiro não se perde (*semei heres semper heres*), assim como o não exercício do direito de propriedade não lhe causa a extinção. A herança é transferida ao sucessor no momento mesmo da morte de seu autor, e, como se viu, isso assim se dá pela transmissão da propriedade do todo hereditário. Toda essa construção, coordenada, implica o reconhecimento da imprescritibilidade da ação.¹⁶

12 AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 7, p. 343-375, abr./jun. 2016. p. 353.

13 THEODORO JÚNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, São Paulo, v. 6, p. 225-252, ago. 2011. p. 232.

14 PORTO, Mário Moacyr. Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança - estudo de direito comparado. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, São Paulo, v. 4, p. 263-271, ago. 2011. p. 267.

15 GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 287.

16 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20, p. 196.

Não obstante, como acima enunciado, a jurisprudência firmou-se no sentido da prescritibilidade da ação de petição de herança, nos moldes de qualquer outra ação patrimonial. Trata-se, entretanto, de entendimento que não dialoga adequadamente com a disciplina dos direitos reais. Ainda na vigência do Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula 149, da qual derivou o prazo de vinte anos para extinção da pretensão do exercício do direito da ação; com o advento do diploma civil de 2002, os tribunais reiteradamente indicam o prazo prescricional geral do art. 205 do Código Civil, de dez anos.¹⁷

4 A questão do início da contagem do prazo prescricional

A dogmática há muito estabeleceu a data da abertura da sucessão como o início do prazo prescricional da ação de petição de herança (STF, RE 74.100/SE). Assim, o exercício do direito de ação do herdeiro preterido surge “precisamente [d]o apossamento da herança por terceiro a partir do momento da abertura da sucessão. Daí por que se firmou a jurisprudência do Pretório Excelso no sentido de que o *dies a quo* da contagem prescricional é o da abertura da sucessão”¹⁸, respeitando-se as regras atinentes ao impedimento e à suspensão da prescrição (arts. 197 a 199, CC), como também as relativas à sua interrupção (art. 202, CC).¹⁹

Por outro lado, os tribunais superiores demoraram longo tempo até firmar entendimento em torno da prescrição em outras relevantes hipóteses correlatas, em especial quando a condição de herdeiro depende de prévio reconhecimento judicial, p. e., investigação de paternidade *post mortem*. Aplicando-se a regra acima, poderia acabar por punir com a prescrição aquele que propôs a ação de petição de herança somente depois da obtenção do reconhecimento judicial da sua condição de herdeiro.

Recentemente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 1.368.677/MG, determinou que “nas hipóteses de reconhecimento *post mortem* da paternidade, o prazo para o herdeiro preterido buscar a nulidade da partilha e reivindicar a sua parte na herança só se inicia a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando resta confirmada a sua condição de herdeiro”. O novel entendimento do colegiado, amparado em precedentes específicos da própria turma, aplicou a teoria da *actio nata subjetiva*.

Cumprе registrar que tal orientação jurisprudencial não se estende ao herdeiro já reconhecido por ocasião do inventário e da partilha, sendo outra, neste particular,

17 TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 13. ed. São Paulo: Método, 2020. v. 6, p. 136-137.

18 THEODORO JÚNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, São Paulo, v. 6, p. 225-252, ago. 2011. p. 232.

19 TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 13. ed. São Paulo: Método, 2020. v. 6, p. 139.

a controvérsia: se o termo inicial do prazo deve ser a data da abertura da sucessão ou a data da partilha dos bens. Tudo indica que a melhor resposta se encontra na data da partilha dos bens, pois antes da partilha o herdeiro poderá pleitear seu quinhão, habilitando-se no inventário (art. 628, CPC).²⁰

Tanto na hipótese de sua imprescritibilidade, quanto pela demonstrada aplicação da teoria da *actio nata subjetiva* à petição de herança, a pretensão do exercício do direito desta ação pode persistir por longo período de tempo, perenizando discussões jurídicas de caráter exclusivamente patrimonial.²¹ Quiçá a solução menos traumática seja a do início da contagem do decênio também a partir da data da partilha dos bens, quando efetivamente tem cabimento a ação de petição de herança.²²

5 Novas tecnologias de determinação da paternidade e o prazo extintivo da pretensão do exercício do direito de ação na petição de herança

A instabilidade de direito material-processual tende a aumentar quando novas tecnologias de determinação da paternidade ampliam seguidamente os horizontes da filiação-paternidade, com impacto direto no campo jurídico quanto aos limites e às possibilidades da ação de petição de herança.

Até pouco tempo atrás, o Superior Tribunal de Justiça vedava a relativização da coisa julgada em prol da utilização de tecnologias mais avançadas de determinação do vínculo parental biológico, exceto nos casos em que a improcedência anterior havia se dado por insuficiência de provas.²³

Exemplificando, em 2009, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no REsp n. 646.140/SP, desproveu a tentativa de relativização da coisa julgada em ação declaratória de negativa de paternidade, mesmo tendo sido a decisão anterior proferida com base em tecnologia já superada.

Em idêntica direção, em 2013, no julgamento do AgRg no REsp n. 929.773/RS, o Superior Tribunal de Justiça não admitiu

20 OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Decênio prescricional da ação de petição de herança começa com o fim da partilha. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 5 fev. 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-05/carlos-oliveira-inicio-prescricao-acao-peticao-heranca>. Acesso em: 28 mar. 2020.

21 OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Decênio prescricional da ação de petição de herança começa com o fim da partilha. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 5 fev. 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-05/carlos-oliveira-inicio-prescricao-acao-peticao-heranca>. Acesso em: 28 mar. 2020: “Imagine, por exemplo, que um indivíduo proponha uma ação de investigação de paternidade *post mortem* depois de 50 anos da partilha de bens do suposto pai. Em vencendo a ação, ele ainda terá 10 anos para ajuizar a ação de petição de herança, o que, na prática, exporia os herdeiros que fizeram a partilha a terem de pagar o quinhão do filho preterido após 60 anos. Não nos parece adequada essa imortalidade de discussões patrimoniais”.

22 OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Decênio prescricional da ação de petição de herança começa com o fim da partilha. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 5 fev. 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-05/carlos-oliveira-inicio-prescricao-acao-peticao-heranca>. Acesso em: 28 mar. 2020.

23 REsp n. 226.436/PR e REsp n. 826.698/MS, entre outros. Ver também STF, RE n. 363.889/DF.

o ajuizamento de nova ação para comprovar a paternidade mediante a utilização de exame de DNA, em caso no qual o pedido anterior foi julgado improcedente com base em prova pericial produzida de acordo com a tecnologia então disponível, a qual excluiu expressamente o pretendido vínculo genético, em face da impossibilidade de duas pessoas do tipo sanguíneo 'O' gerarem um filho do grupo 'A'.

Em breve recapitulação da literatura médica, João Lélío Peake de Mattos Filho relata que, até o final da década de oitenta do século passado, a ciência dispunha dos testes envolvendo os antígenos eritrocitários (ABO, Rh, Kell, Duffy, MNSs etc.) e o sistema antígeno leucocitário humano (HLA).²⁴ Aplicando-se simultaneamente as duas classes de exames era possível a exclusão de cerca de 90% dos falsos pais biológicos nos casos em que o suposto pai estivesse vivo e disponível.

Com o advento do exame de DNA, houve um significativo progresso em face de certas eventualidades, sobretudo quando as probabilidades de paternidade, calculadas por meio dos testes convencionais, eram baixas ou de magnitude insuficiente para que a paternidade biológica fosse claramente determinada. Tratava-se do primeiro exame que excluía praticamente 100% da falsa parentalidade, possibilitando o cálculo de probabilidade de paternidade em percentuais iguais ou superiores a 99,9%.²⁵

Acrescida a este cenário a possibilidade de se realizar testes de DNA com coleta em material cadavérico, embora as condições de sepultamento possam afetar a qualidade do material coletado, tem-se que a tecnologia hoje disponível trouxe novas e mais desafiadoras demandas ao direito das sucessões.

É indubitável, em termos estatísticos e qualitativos, que a técnica do DNA, e seus constantes aprimoramentos, ofereceu um substancial aumento no grau de confiabilidade às causas de investigação de paternidade; por outro lado, compele a literatura jurídica e os tribunais a debaterem acerca da relativização da coisa julgada e da perenização da petição de herança.

Transpondo a relativização da coisa julgada em causas envolvendo a investigação de paternidade ou mesmo o reconhecimento tardio do vínculo paterno-filial, a ação de petição de herança poderá ser ajuizada muitos anos depois da morte do sucedido, o que impactará não apenas em situações acobertadas por decisões judiciais, mas também em partilhas realizadas em serventias extrajudiciais.

Com a licença dos posicionamentos discordantes, parece bastante aceitável

24 MATTOS FILHO, João Lélío Peake de. Investigação de paternidade com suposto pai falecido - atualização médico-pericial. Descrição dos primeiros casos brasileiros empregando o exame de DNA - possibilidades e limitações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 84, n. 722, p. 359-364, dez. 1995. p. 359-360.

25 DUZ, Lana Maximiano. *Evolução tecnológica dos exames de paternidade e sua validade jurídica*. 2007. Dissertação (Mestrado em Odontologia Legal e Deontologia) - Faculdade de Odontologia de Piracicaba da Universidade Estadual de Campinas, Piracicaba, 2007. p. 24.

uma incessante procura pelo reconhecimento do vínculo paternal biológico.²⁶ Portanto, no que concerne à petição de herança, o decurso do tempo, a estabilidade das relações sociais e a segurança da experiência processual não deveriam ser justificativas suficientes para impedir que o herdeiro, após obter a declaração de sua condição como tal, possa pleitear seu quinhão hereditário.

Conquanto muito lentamente, essa tendência parece indicar uma mudança de paradigma, pois é inegável que o avanço tecnológico nas áreas médica e da biogenética tem proporcionado técnicas cada vez mais sofisticadas e confiáveis para a investigação de paternidade, que ao confirmar o vínculo biológico entre investigante e investigado, faz nascer pretensão exercível por meio da ação de petição de herança.

Nesse sentido, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o AgInt no REsp n. 1.563.150/MG (j. 11/10/2016), determinou que fosse realizado novo exame de DNA, por métodos mais avançados, considerando a degradação óssea do investigado, falecido havia mais de trinta anos, e a reiterada recusa dos herdeiros em realizar a perícia indireta. O laudo do primeiro exame de DNA resultou inconclusivo. Assim, “a definitiva imprestabilidade do exame de DNA no falecido só poderá ser atestada após a realização do exame pela técnica mais apurada”, nas palavras do relator, Min. Luís Felipe Salomão.

Destarte, a utilização de novas tecnologias de determinação da paternidade cada vez mais terá o condão de prorrogar indefinidamente a ação de petição de herança, quando considerada a posição atual do Superior Tribunal de Justiça acerca do início do prazo prescricional da *petitio hereditatis* - somente a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade. Sobremodo, quando admitida a relativização da coisa julgada, seja, como hoje, por insucesso da causa anterior por falta de provas, seja, se admitida, pela possibilidade proporcionada por técnica mais apurada.

Afinal, não seria mesmo a ação de petição de herança imprescritível?

Este debate está apenas começando...

6 Referências

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 7, p. 343-375, abr./jun. 2016.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 248.869/SP. T. Pleno. Relator: Min. Mauricio Corrêa, j. 07/08/2003. *Diário de Justiça*, Brasília-DF, 12 mar. 2004. p. 00052. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/pro cessos/detalhe.asp?incidente=1760211>. Acesso em: 29 mar. 2020: “Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º)”.

AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Droit civil français*. 6th. ed. par Paul Esmein. Paris: Librairies Techniques, 1954. t. X. § 16, n. 2.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp n. 1.563.150/MG. 4. T. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, j. 11/10/2016. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 19 out. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502717379&dt_publicacao=19/10/2016. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 646.140/SP. 4. T. Relator: Min. João Otávio de Noronha, j. 03/09/2009. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 14 set. 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400378860&dt_publicacao=14/09/2009. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 929.773/RS. 4. T. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 06/12/2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 04 fev. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700428660&dt_publicacao=04/02/2013. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.368.677/MG. 3. T. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05/12/2017. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 15 fev. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300444205&dt_publicacao=15/02/2018. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 226.436/PR. 4. T. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28/06/2001. *Diário de Justiça*, Brasília-DF, 04 fev. 2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900714989&dt_publicacao=04/02/2002. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 826.698/MS. 3. T. Relatora: Ministra Nanc Andrichi, j. 06/05/2008. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 23 maio 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600392333&dt_publicacao=23/05/2008. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 248.869/SP. T. Pleno. Relator: Min. Maurício Corrêa, j. 07/08/2003. *Diário de Justiça*, Brasília-DF, 12 mar. 2004. p. 00052. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1760211>.

Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 363.889/DF. T. Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 02/06/2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 16 dez. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2072456>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 74.100/SE. 2. T. Relator: Min. Antonio Neder, j. 21/08/1972. *Diário de Justiça*, Brasília-DF, 22 set. 1972. p. 06291. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2874100%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y49tz6ey>. Acesso em: 29 mar. 2020.

DUZ, Lana Maximiano. *Evolução tecnológica dos exames de paternidade e sua validade jurídica*. 2007. Dissertação (Mestrado em Odontologia Legal e Deontologia) - Faculdade de Odontologia de Piracicaba da Universidade Estadual de Campinas, Piracicaba, 2007.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.

MATTOS FILHO, João Lélío Peake de. Investigação de paternidade com suposto pai falecido - atualização médico-pericial. Descrição dos primeiros casos brasileiros empregando o exame de DNA - possibilidades e limitações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 84, n. 722, p. 359-364, dez. 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. Da ação de reivindicação. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 60, p. 148-165, 1965.

MORAES, Walter. *Programa de direito das sucessões: teoria geral e sucessão legítima*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Decênio prescricional da ação de petição de herança começa com o fim da partilha. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 5 fev. 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-05/carlos-oliveira-inicio-prescricao-acao-peticao-heranca>. Acesso em: 28 mar. 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2016. t. 2.

PORTO, Mário Moacyr. Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança - estudo de direito comparado. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, São Paulo, v. 4, p. 263-271, ago. 2011.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3. § 131.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 13. ed. São Paulo: Método, 2020. v. 6.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, São Paulo, v. 6, p. 225-252, ago. 2011.

TORRANO, Luiz Antônio Alves. *Petição de herança*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.

O ENUNCIADO N. 381 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E A JURIDICIDADE CONSUMERISTA¹

*Lucas Abreu Barroso
Paulo Vitor Faria da Encarnação*

SUMÁRIO: 1 Introdução e colocação do problema. 2 Enunciado n. 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: uma reflexão crítica (o debate continua). 3 Conclusões. 4 Referências.

1 Introdução e colocação do problema

A Constituição Federal, no capítulo que dedica aos direitos e deveres individuais e coletivos, irrogou ao Estado a promoção da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), elevando-a, ainda, a princípio da ordem econômica (art. 170, V). Em 11 de setembro de 1990, foi editada a Lei n. 8.078, pela qual o legislador ordinário, cumprindo determinação constitucional, estabeleceu um catálogo de direitos em proteção ao consumidor e um conjunto de técnicas e de mecanismos jurídicos visando garantir-lhes a implementação.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), como é conhecida a referida lei,

¹ Texto originalmente publicado em: BARROSO, L. A.; ENCARNÇÃO, P. V. F. O Enunciado n. 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, as cláusulas abusivas e a juridicidade consumerista. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022.

constitui um microssistema jurídico,² formado por normas de ordem pública e de interesse social (art. 1º). Portanto, o Código de Defesa do Consumidor outorga uma tutela material diferenciada daquela conferida pelo Código Civil às relações contratuais em geral, já que seu princípio estruturante é a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I).³

Com efeito, busca ele reequilibrar a relação fornecedor-consumidor. Esta sua especial finalidade é lastreada no interesse social fundante da própria juridicidade consumerista. O Código de Defesa do Consumidor transcende o interesse particular dos contratantes e procura blindar o elo mais frágil⁴ de potenciais abusos dos fornecedores. Tal formatação estaria concretizada nos princípios do equilíbrio e da intervenção do Estado.⁵

A proteção efetiva do consumidor é perseguida nos mais diversos âmbitos (civil, administrativo, penal, processual etc.). Mas o tema de interesse neste estudo é a sua proteção contratual, em especial as cláusulas abusivas, que, a teor da regra contida no art. 51, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, são nulas de pleno direito. Assim, o debate (re)proposto busca justamente esclarecer o sentido atribuído pelo legislador ordinário quando previu que as cláusulas abusivas são “nulas de pleno direito”.

Cláudia Lima Marques, ao estabelecer um diálogo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, defende que cláusulas nulas de pleno direito são aquelas insanáveis pelo decurso do tempo e insuscetíveis de confirmação pela vontade das partes.⁶ Ainda segundo ela, as nulidades devem ser pronunciadas de ofício pelo julgador, conforme prevê o art. 168, parágrafo único, do Código Civil.⁷

Nelson Nery Júnior, embora recuse estabelecer um paralelo entre o sistema de nulidades do Código de Defesa do Consumidor e o do Código Civil, por entender que o microssistema consumerista abandonou a dicotomia nulidade absoluta e nulidade relativa, também identifica a cognoscibilidade *ex officio* pelo juiz como uma das características da nulidade de pleno direito no Código de Defesa do Consumidor, acrescentando que a sentença que a reconhece tem natureza constitutiva negativa.⁸

2 Vide MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Parte I, Capítulo 1, Item. 1.3.

3 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Parte I, Capítulo 1, Item. 1.1.

4 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do consumidor*. 15. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*. Capítulo 1, Item 1.5.

5 Vide MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Parte I, Capítulo 4, Itens 4.4 e 4.5.

6 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. Capítulo 1, item 4.1.

7 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. Capítulo 1, item 4.1.

8 NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Comentários ao art. 51.

É possível concluir que as características da nulidade de pleno direito no Código de Defesa do Consumidor correspondem àquelas atribuídas pelo Código Civil à nulidade absoluta, ainda que não haja consemelhança entre elas. Na seara do Direito Civil, vale destacar as palavras de Maria Helena Diniz, para quem a nulidade absoluta deve ser pronunciada “de ofício independentemente de alegação da parte, quando [o juiz] conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas [...]”⁹.

Em 2009, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.061.530/RS, representativo de controvérsia repetitiva, assentou ser “vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários”¹⁰. Este entendimento foi sedimentado no Enunciado n. 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

Cumprе anotar que, até 2008, havia julgados do Superior Tribunal de Justiça afirmando textualmente que, por se tratar de matéria de ordem pública, não configurava julgamento fora dos limites do pedido o reconhecimento de ofício da abusividade de cláusulas nos contratos de consumo.¹¹ Como chegou a escrever Lédio Rosa de Andrade, “o STJ possuía entendimento firme no sentido de ser possível a revisão ampla e de ofício dos contratos bancários, para serem modificadas as cláusulas abusivas”¹². Contudo, prosseguiu, “esse entendimento que, segundo o próprio STJ era firme, em determinado momento pulverizou-se e novamente o preto virou branco e o círculo virou quadrado”¹³. O resultado dessa mudança radical de entendimento foi o Enunciado n. 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Não parece haver dúvida de que o Enunciado n. 381, ao menos da forma como foi redigido, conflita com o microssistema jurídico instituído pelo Código de Defesa do Consumidor e com a própria jurisprudência dos tribunais superiores. É que a aplicabilidade das normas consumeristas aos negócios jurídicos bancários, não bastasse a clareza da redação dos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, foi, no ano de 2006, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no

9 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 589.

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 1.061.530-RS. Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A e Rosemari dos Santos Sanches. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Órgão julgador: 2. S., j. 22/10/2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 10 mar. 2009.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 1.013.562/SC. Banco Bradesco S/A e Bernadete Panceri. Relator: Ministro Castro Meira. Órgão julgador: 2. T., j. 07/10/2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 5 nov. 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental (AgRg) no Recurso Especial (REsp) n. 841.942/RJ. União e IBRAS CBO Indústrias Cirúrgicas e Ópticas S/A Comércio Importação e Exportação. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão julgador: 1. T., j. 13/05/2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 jun. 2008.

12 ANDRADE, Lédio Rosa de. *O Superior Tribunal de Justiça e os ricos: a cartilha neoliberal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 35.

13 ANDRADE, Lédio Rosa de. *O Superior Tribunal de Justiça e os ricos: a cartilha neoliberal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 36.

juízo da ADI n. 2.591, oportunidade na qual a Suprema Corte decidiu que: “As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor”¹⁴. Além disso, a submissão das instituições financeiras às normas do Código de Defesa do Consumidor já estava consubstanciada por meio do Enunciado n. 297 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, editada em 2004: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

A relevância do tema surge, primeiramente, dos efeitos diretos do Enunciado n. 381 sobre a vida de milhares de consumidores brasileiros, todos eles sujeitos a deparar-se com cláusulas abusivas em contratos bancários, sendo que a vedação que o Enunciado n. 381 impõe ao seu conhecimento *ex officio* pelo juiz pode determinar o destino de eventual demanda judicial em que se busque questioná-las.¹⁵

A atualidade do tema foi resgatada em 2017, quando a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça esboçou um movimento de revisão do verbete, chegando a haver seu percuciente enfrentamento pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino. No entanto, o órgão colegiado do Superior Tribunal de Justiça acabou por decidir pela desafetação do REsp n. 1.465.832/RS, obstando a rediscussão da matéria.

Outro recente fator que já havia renovado a importância do tema foi o advento do Código de Processo Civil de 2015, ao atribuir vinculatividade aos acórdãos proferidos em incidente de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 927, III).

2 Enunciado n. 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: uma reflexão crítica (o debate continua)

Um dos mecanismos destinados a concretizar a promessa constitucional de proteção ao consumidor é a cominação da sanção de nulidade de pleno direito às cláusulas contratuais abusivas. Seu objetivo é garantir o equilíbrio econômico nos contratos de consumo, de modo que, *v. g.*, a cláusula que coloque o consumidor em desvantagem exagerada seja considerada abusiva e, *ipso facto*, seja nulificada (art. 51, IV, do CDC).

Característica ínsita ao regime jurídico da nulidade de pleno direito do Código de Defesa do Consumidor (admita-se ou não o paralelo com o regime dualista da

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.591/DF. Confederação Nacional do Sistema Financeiro e Presidente da República. Relator: Ministro Eros Grau. Órgão julgador: Tribunal Pleno, j. 07/06/2006. *Diário da Justiça*, Brasília, ata n. 16, 7 jun. 2006.

15 ANDRADE, Lédio Rosa de. *O Superior Tribunal de Justiça e os ricos: a cartilha neoliberal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 36: “Essa mudança de entendimento impediu a revisão de incontáveis contratos bancários e, com isso, manteve obrigações ao consumidor advindas de cláusulas abusivas e mesmo ilegais”.

nulidade absoluta e relativa do Código Civil) é sua cognoscibilidade *ex officio*, ou seja, é dever do juízo pronunciá-la independentemente de requerimento da parte. Bruno Miragem, após dissecar escólios clássicos de autores como Clóvis Beviláqua e Pontes de Miranda, e de promover uma breve análise do direito estrangeiro, conclui que, nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, o sentido elementar da nulidade de pleno direito aponta precisamente para sua cognoscibilidade de ofício pelo órgão julgador.¹⁶

Isso porque a nulidade de pleno direito resguarda o interesse público, transbordando os interesses meramente particulares dos contratantes.¹⁷ Daí a expressa disposição do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que suas normas são de ordem pública e de interesse social. Ademais, não remanescem dúvidas em torno da plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em relação às entidades bancárias, entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça (Enunciado n. 297) e pelo Supremo Tribunal Federal (ADI n. 2.591).

Essa discussão teve início quando, em 2009, o próprio Superior Tribunal de Justiça, que pacificara a aplicabilidade das normas consumeristas relativamente aos bancos, editou o Enunciado n. 381 de sua súmula de jurisprudência, vedando a pronúncia de ofício pelo juízo da nulidade de cláusulas abusivas constantes especificamente de contratos bancários. Ao fazê-lo, entende-se que o Superior Tribunal de Justiça mergulhou numa alarmante contradição: afirmou a plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor relativamente aos bancos, mas tornou-os imunes à técnica insculpida no *caput* do art. 51.

É impostergável a necessidade de se proceder a uma reflexão crítica em torno do Enunciado n. 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, o qual neutraliza a eficácia de relevante instrumento de proteção contratual do consumidor, ao vedar ao órgão julgador, uma vez constatada a abusividade de cláusula em contrato bancário, pronunciar *ex officio* sua nulidade. A vedação da pronúncia *ex officio* da nulidade de cláusulas abusivas em contratos bancários parece estar compreendida em um esforço maior de contenção da liberdade do juiz quanto ao reconhecimento da abusividade de cláusulas contratuais.¹⁸

A outorga dessa margem de apreciação ao juiz é resultado de uma escolha política do legislador no momento da efetivação infraconstitucional do art. 5º, XXXII, da Constituição Federal. Ao estabelecer um rol meramente exemplificativo das cláusulas que devem ser consideradas abusivas, o legislador deu claro sinal de

16 MIRAGEM, Bruno. Pela autoridade e coerência do direito, Súmula 381 do STJ deve ser revisada. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 12 out. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-12/garantias-consumo-autoridade-coerencia-direito-sumula-381-stj-revisada2>. Acesso em: 09 ago. 2020.

17 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3. *E-book*. Capítulo 5, Item 60.

18 SOUZA, Sylvio Capanema de; WERNER, José Guilherme Vasi; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. Capítulo 12, Item 3.1.

que só o julgador, na apreciação do caso concreto, tem a possibilidade de identificar se determinada cláusula rompe o equilíbrio do contrato e deve ser nulificada.

Há no campo do processo civil doutrina que, partindo da diferenciação entre objeto de conhecimento e objeto de julgamento do processo (*thema decidendum*), tributa méritos ao Enunciado n. 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.¹⁹ Segundo esse entendimento, embora seja possível ao órgão julgador conhecer da abusividade das cláusulas como fundamento para decidir o pedido – isto é, incidentalmente (*incidenter tantum*) –, não lhe seria lícito, sem pedido expresso da parte, decidi-las como objeto principal do processo (*principaliter tantum*). Por esse viés, o verbete faria não mais do que exigir a observância do princípio da demanda (princípio dispositivo), pelo qual ao juízo só é dado decidir o que lhe foi pedido pelas partes.

Ao analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que a fundamentação disposta nos acórdãos para justificar a aplicação do Enunciado n. 381 aos casos concretos é realmente o respeito ao princípio dispositivo, a materializar a regra da congruência, consubstanciada nos arts. 141 e 492 do Código de Processo Civil.²⁰

Nelson Nery Júnior envereda-se por caminho diametralmente oposto. Ele sustenta que o princípio dispositivo não incide sobre matérias de ordem pública, que, por tutelarem o interesse público, estão fora da esfera de disponibilidade das partes. Assim, seu exame independe de pedido da parte ou do interessado, e “nem que o autor peça o contrário – para que não sejam decididas – o juiz deve ignorar esse pedido e julgar segundo a ordem pública lhe determina”²¹. São caudatários desse entendimento autores do direito do consumidor como Adalberto Pasqualotto, Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques.²²

19 DIDIER JR., Fredie. *Editorial* 63. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-63/>. Acesso em: 06 ago. 2020; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada: análise dos requisitos para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental no código de processo civil de 2015*. 2018. 556 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 63.

20 Exemplificativamente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental (AgRg) no Recurso Especial (REsp) n. 660.860/SC. Banco do Brasil S/A e Irmãos Pinto e Companhia Ltda. e outros. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Órgão julgador: 3. T., j. 21/10/2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 nov. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 1.741.681/RJ. Barcas S/A Transportes Marítimos e Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministro Nancy Andrighi. Órgão julgador: 3. T., j. 23/10/2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 out. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental (AgRg) no Recurso Especial (REsp) n. 1.352.847/RS. BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento e Egon Luiz Franzen. Relator: Ministro Marco Buzzi. Órgão julgador: 4. T., j. 21/08/2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 4 set. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno (AgInt) no Agravo em Recurso Especial (AREsp.) n. 947.366/BA. Simara Nogueira Ellery e Banco do Brasil S/A. Relator: Ministro Raul Araújo. Órgão julgador: 4. T., j. 21/11/2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 19 dez. 2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial (EResp.) n. 707.394/RS. Banco Santander BANESPA S/A e Cristiane Guimarães Rigotti. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Órgão julgador: 2. S., j. 09/12/2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 dez. 2009.

21 NERY JÚNIOR, Nelson. Questões de ordem pública e seu julgamento *ex officio*: considerações sobre o verbete STJ 381 da súmula da jurisprudência predominante no STJ. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 60, p. 237-254, out/dez. 2014. p. 241.

22 PASQUALOTTO, Adalberto. Reflexões na frente do espelho: memória e autocritica aos 25 anos. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de (coord.). *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetória e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-book. Parte I, Capítulo I, Tópico 2.2.

Para Luís Alberto Reichelt, a vedação da pronúncia *ex officio* da nulidade de cláusulas abusivas em contratos bancários não encontra amparo no suposto respeito ao princípio dispositivo, na medida em que, ainda que não tenha sido formulado o pedido, se houver prova nos autos acerca do conteúdo da cláusula contratual abusiva, sua apreciação revela-se questão eminentemente jurídica, passível, portanto, de ser realizada pelo juízo, por força da máxima *iura novit curia*.²³

Pablo Stolze Gagliano e Salomão Viana, adotando entendimento que pode ser considerado intermediário, defendem que, desde que não julgue fora dos limites do pedido, o órgão julgador deve conhecer de ofício a abusividade de cláusulas constantes de contratos bancários.²⁴

Neste estudo sustenta-se a posição jurídica segundo a qual o princípio da demanda ou princípio dispositivo não tem o condão de impedir o conhecimento *ex officio* da abusividade das cláusulas em contratos de consumo, justo porque as matérias de ordem pública estão fora do seu âmbito de incidência. Assim, se suficientemente provada nos autos a abusividade de uma ou de mais cláusulas em um contrato de consumo, independentemente de pedido da parte, seu reconhecimento é dever do juízo.

Não seria possível afirmar a idoneidade do Enunciado n. 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça mesmo se se adotasse a tese de que o princípio da demanda obstaría o juízo de pronunciar de ofício a abusividade, pois mesmo por esse enfoque remanesce sem justificativa plausível a limitação da aplicação do verbete ao universo dos contratos bancários. Afigura-se tal fator um verdadeiro privilégio conferido às instituições bancárias ante os outros fornecedores (art. 3º, *caput*, do CDC). Daí concluir-se que, independentemente da premissa de que parta o intérprete, o Enunciado n. 381, da forma como redigido, não pode subsistir.

Tudo isso levou Cláudia Lima Marques²⁵ a arguir a inconstitucionalidade e a ilegalidade do Enunciado n. 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça em face, respectivamente, do art. 5º, XXXII, da Constituição Federal e do sistema de nulidades implementado pelo Código Civil, cuja aplicação deve, mediante o diálogo das fontes, ser estendida ao microssistema consumerista, por revelar-se mais favorável ao consumidor.

Certamente por conta do engajamento da doutrina especializada, aliado às pressões exercidas por entidades da sociedade civil destinadas à proteção do

23 REICHELT, Luís Alberto. O sistema de direitos fundamentais processuais densificado pelo novo CPC e a necessária superação da súmula 381 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 110, p. 459-472, mar./abr. 2017. p. 461.

24 GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. É sempre vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 14, n. 2.154, 25 maio 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12913>. Acesso em: 13 ago. 2020.

25 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-book. Capítulo 1, item 4.1.

consumidor, e também por órgãos públicos, a exemplo da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor (MPCON), em 2017, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.465.832/RS, deflagrou um movimento de revisão do Enunciado n. 381. É bem verdade que a revisão não se consumou, mas esse episódio é simbólico para demonstrar que as críticas ao verbete ecoaram até chegar aos gabinetes do Superior Tribunal de Justiça. Nas palavras do relator do REsp n. 1.465.832/RS, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, trata-se da súmula “mais criticada do STJ”²⁶.

É profícuo e condizente com os objetivos deste estudo proceder-se a uma breve análise do que restou consignado naquele acórdão.²⁷ De início, vale registrar que se admitiu a intervenção, como *amici curiae*, da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor (MPCON) e da Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN).

Em defesa da revogação ou da revisão do Enunciado n. 381, podem-se citar as seguintes contribuições dos amigos da corte: a teor do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, a defesa dos direitos dos consumidores deve ser facilitada; as cláusulas abusivas já nascem com vício insanável, não havendo como convalidá-las; as matérias de ordem pública, como a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas, estão fora da regra que limita o juízo ao que foi expressamente pedido pela parte; o conhecimento *ex officio* da nulidade não viola os princípios da ampla defesa e do contraditório, pois a parte defende-se do fato, e não do direito a ele aplicado; o Código de Processo Civil, tratando do controle judicial de questões processuais e materiais de ordem pública, irroga ao juízo o dever de pronunciá-las de ofício.

Contrariamente à revogação ou à revisão do verbete disse-se, entre outros: que a regra do art. 1.º do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretada com ressalvas, pois os contratos de consumo versam sobre direitos patrimoniais disponíveis, sendo controversa a qualificação da nulidade de cláusulas contratuais por abusividade como matéria de ordem pública; que devem ser respeitados os princípios da inércia da jurisdição e da imparcialidade do juiz; que a declaração *ex officio* da nulidade geraria insegurança jurídica.

O ponto alto do julgamento foi o voto do relator, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que traçou uma linha histórica do debate existente desde 1990 e relatou as divergências que se fizeram presentes entre os ministros no REsp

26 MUNIZ, Mariana. STJ desiste de repetitivo sobre reconhecimento de ofício. *Jota*, São Paulo, 22 mar. 2017. Caderno Justiça. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/stj-desafeta-recurso-repetitivo-22032017>. Acesso em: 12 ago. 2020.

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração (EDcl) no Recurso Especial (REsp.) n. 1.465.832/RS. Banco Fiat S/A e Joylson Elemar da Silva Chaves. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Órgão julgador: 3. T., j. 12/12/2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 01 fev. 2018.

Repetitivo n. 1.061.530/RS, notadamente o conteúdo do voto da sua relatora, Min. Nancy Andrighi, que acabou vencida.

Amparando-se em extensa doutrina, o relator explicou que, por expressa determinação do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor, as normas do microssistema de defesa do consumidor têm natureza de ordem pública. Prosseguiu, assentando que, justo por derivar de ofensa à ordem pública de proteção ao consumidor, a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas, insculpida no art. 51, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, deve ser pronunciada de ofício pelo órgão julgador. Sua conclusão parcial foi no sentido de que o Enunciado n. 381 contraria frontalmente os princípios constitucionais previstos nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição Federal e a regra do art. 51, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, que concretiza um eficaz sistema de controle de cláusulas abusivas no intuito de restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo.

Partiu, então, o relator para a análise processual do tema, e seu entendimento foi o de que, sobretudo em função das regras dos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil, o conhecimento *ex officio* da nulidade das cláusulas abusivas pelo juiz não afronta o contraditório ou a ampla defesa. Franqueada às partes prévia manifestação sobre a questão que o juiz de ofício há de julgar, não se deve cogitar de nulidade. Finalizou sua exposição identificando, talvez, a mais clara antijuridicidade do verbete: sua limitação aos contratos bancários. Não que ampliar a incidência do Enunciado n. 381 a todos os contratos de consumo seja a medida que entende correta, mas limitá-la especificamente ao âmbito dos contratos bancários é, antes de tudo, uma medida anti-isonômica. As considerações do relator culminaram numa sugestão de nova redação para o verbete, que assim ficaria: “Nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, é possível o reconhecimento, de ofício, da nulidade de cláusula abusiva em primeiro e segundo graus de jurisdição, respeitados o contraditório e a ampla defesa”.

Parece assistir integral razão ao Ministro relator. À primeira vista, a um só tempo o novo texto do verbete encerraria o problema da limitação de sua aplicação apenas aos contratos bancários e extirparia a indevida vedação da pronúncia *ex officio* da nulidade de cláusulas abusivas nos contratos de consumo. Além disso, contornaria a questão do pretense embate entre o princípio da demanda, de acordo com o qual o juízo está adstrito aos limites do pedido da parte para julgar, e a cognoscibilidade *ex officio* de questões de ordem pública, ao condicionar a atuação oficiosa do órgão julgador à prévia manifestação das partes, na forma dos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil. Realmente, se o contrato cuja(s) cláusula(s) o autor requereu a nulidade por abusividade está anexado aos autos do processo e sobre ele, pelo menos de um modo geral, está posta a controvérsia entre as partes, não parece haver vício processual caso o juízo, verificando potencial

abusividade em outra cláusula desse mesmo contrato, determine a intimação das partes para que especificamente sobre ela se manifestem, e, em seguida, julgue fundamentadamente.

Essas consequências são evidenciadas por duas constatações: 1ª) Merece atenção a nova disciplina que o Código de Processo Civil (2015) dedicou às súmulas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, ao incluí-las no rol dos precedentes obrigatórios (art. 927, III).²⁸ A inobservância imotivada desses enunciados ocasiona a nulidade da decisão judicial por ausência de fundamentação (art. 489, § 1º, VI), restando claro seu protagonismo crescente no processo civil²⁹; 2ª) É preciso observar que grande parte das ações judiciais que objetivam discutir contratos de consumo, como os bancários, são ajuizadas perante os Juizados Especiais Cíveis (JECs). Às causas de competência dos JECs que não excedam 20 (vinte) salários mínimos, nos termos do art. 9º da Lei n. 9.099/1995, é conferido à parte o *jus postulandi*, ou seja, a capacidade postulatória para ela própria, sem assistência de advogado, ajuizar a demanda. Não há dúvida de que essa sensível circunstância eleva a gravidade e a dramaticidade que a questão pode assumir na prática judicial.

3 Conclusões

A Constituição Federal, ao enunciar que o Estado promoverá a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII) e ao eleger a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica (art. 170, V), reconheceu a necessidade de intervenção nas relações privadas a fim de garantir postulados como a igualdade material e a justiça social.³⁰ Para cumprir sua missão constitucional, o Código de Defesa do Consumidor declarou direitos ao consumidor e instituiu técnicas visando garantir-lhes a implementação.

No campo da proteção contratual, destaca-se a cominação da sanção de nulidade de pleno direito às cláusulas abusivas constantes de contratos de consumo (art. 51 do Código de Defesa do Consumidor). Não sendo possível prever todas as hipóteses em que a abusividade restaria configurada, optou o legislador por enumerá-las exemplificativamente, devendo o órgão julgador

28 RANGEL, Rafael Calmon. A técnica da distinção de precedentes e a súmula 381 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 105, p. 321-342, maio/jun. 2016. p. 322-323.

29 TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018. *E-book*. Capítulo 5, Item 5.7.15.

30 TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 73, p. 51-77, jan./mar. 2010. p. 59.

identificar no caso concreto a abusividade de outras cláusulas que possam romper o equilíbrio contratual.

Em 2009, foi editado o Enunciado n. 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Se é certo que a vedação contida no verbete neutraliza uma característica essencial da nulidade de pleno direito imposta às cláusulas abusivas pelo art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (sua cognoscibilidade *ex officio* pelo juízo), recrudescendo, assim, o estado de vulnerabilidade do consumidor,³¹ é certo também que, ao restringir o seu conteúdo aos contratos bancários, o Enunciado n. 381 criou uma discriminação anti-isonômica em benefício das instituições financeiras, inclusive incorrendo em uma retumbante contradição em face de sua própria jurisprudência.

O argumento central para a edição e a aplicação do Enunciado n. 381 é o respeito ao princípio dispositivo. Por essa linha de entendimento, encampada por parte da doutrina processualista civil, ao proibir a pronúncia *ex officio* da nulidade de cláusulas abusivas constantes de contratos de consumo, o Superior Tribunal de Justiça não fez mais que proibir o juízo de julgar o que a parte não pediu.

De outro lado, podem-se identificar três teses. A primeira, firmada na orientação de que a nulidade de pleno direito, referida no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, por ter natureza de ordem pública, não se sujeita ao princípio dispositivo. A nulidade de pleno direito de cláusulas abusivas deve ser conhecida independentemente de pedido da parte interessada e até mesmo contra eventual pedido dela em sentido oposto. A segunda apregoa que o juízo deveria declarar a abusividade das cláusulas abusivas com fundamento no adágio *iura novit curia*, e, por isso, deveria fazê-lo independentemente de requerimento das partes. Cuidaria o juízo unicamente de aplicar o direito aos fatos que foram deduzidos pelo autor e que estão sendo debatidos na demanda. A terceira avaliza o entendimento de que a nulidade de pleno direito do Código de Defesa do Consumidor é matéria de ordem pública e que, assim, é cognoscível *ex officio* pelo juízo, acrescentando que, uma vez franqueado o contraditório prévio às partes (arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil), não haveria que se cogitar da nulidade da decisão que reconheça a abusividade, independentemente de pedido.

Essa terceira e última tese parece ter sido a conclusão a que chegou o Min. Paulo de Tarso Sanseverino quando da relatoria do REsp n. 1.465.832/RS, cujo julgamento, embora não tenha culminado efetivamente na revisão do verbete, afigurou-se simbólico porque desencadeou calorosos debates em torno da errônea do entendimento atualmente sumulado. Foi ali que entidades

31 SCHWARTZ, Fabio. A súmula 381 do STJ e o riso da mulher trácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 108, p. 17-35, nov./dez. 2016. p. 23.

da sociedade civil, como o IDEC, e órgãos destinados à defesa do consumidor, como a ANADEP e o MPCON, puderam, na condição de *amici curiae*, aportar argumentos para enriquecer o debate e conferir-lhe legitimação social. Nele também é que o ministro relator, depois de expor longa fundamentação, pôde formular uma proposta de revisão do enunciado, que passaria a ter a seguinte redação: “Nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, é possível o reconhecimento, de ofício, da nulidade de cláusula abusiva em primeiro e segundo graus de jurisdição, respeitados o contraditório e a ampla defesa”. Seria a forma pela qual o Superior Tribunal de Justiça, endossando as contundentes críticas tecidas pela doutrina, resgataria a sintonia do seu entendimento com a juridicidade consumerista. A esperada mudança não se consumou, mas o episódio provou que os questionamentos, intensos e procedentes, chegaram aos gabinetes do Superior Tribunal de Justiça.

O Enunciado n. 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, da forma como está redigido, não pode subsistir. Circunscrever a aplicação do verbete ao âmbito dos contratos bancários cria uma distinção artificial e arbitrária a favor dos bancos frente a todos os demais agentes que se enquadram no conceito legal de fornecedor (art. 3º do Código de Defesa do Consumidor), algo que o direito não pode tolerar.³²

Por tudo isso, a conclusão deste estudo é pela imprescindibilidade da revogação ou da revisão do Enunciado n. 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que, ao vedar o conhecimento de ofício pelo juízo da nulidade de cláusulas abusivas em contratos bancários, afasta o consumidor de uma técnica de proteção plena ao equilíbrio contratual, injustificadamente apenas quanto aos contratos bancários.³³

A mudança, cuja necessidade já se faz ouvir no Superior Tribunal de Justiça, é premente e inadiável, sobretudo em função do salto de vinculatividade que o Código de Processo Civil (2015) conferiu aos enunciados de súmula editados pelos tribunais superiores (art. 927, III) e em virtude da indiscutível relevância que a cognoscibilidade *ex officio* das cláusulas abusivas adquire nas causas ajuizadas pelos jurisdicionados sem assistência técnico-jurídica, possibilidade admitida no âmbito dos JECs, que centralizam a maior parte dos processos consumeristas.

32 OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. A necessária revisão da Súmula 381/STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 110, p. 423-458, mar./abr. 2017. p. 426.

33 ANDRADE, Lédio Rosa de. *O Superior Tribunal de Justiça e os ricos: a cartilha neoliberal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 37: “Na Súmula 381, o STJ deixa claro que a impossibilidade de revisão de ofício refere-se aos *contratos bancários* e não a qualquer contrato. Um tratamento muito especial ao sistema financeiro”.

4 Referências

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, a. 18, n. 21, p. 45-57, jan./jun. 2002.

ANDRADE, Lédio Rosa de. *O Superior Tribunal de Justiça e os ricos: a cartilha neoliberal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

BARROSO, Lucas Abreu; JESUS, Morgana Neves de; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. O direito-praxe como concepção de uma hermenêutica civilística contemporânea. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 8, n. 3, p. 75-93, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno (AgInt) no Agravo em Recurso Especial (AREsp.) n. 947.366/BA. Simara Nogueira Ellery e Banco do Brasil S/A. Relator: Ministro Raul Araújo. Órgão julgador: 4. T., j. 21/11/2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 19 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental (AgRg) no Recurso Especial (REsp) n. 841.942/RJ. União e IBRAS CBO Indústrias Cirúrgicas e Ópticas S/A Comércio Importação e Exportação. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão julgador: 1. T., j. 13/05/2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 jun. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental (AgRg) no Recurso Especial (REsp) n. 660.860/SC. Banco do Brasil S/A e Irmãos Pinto e Companhia Ltda. e outros. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Órgão julgador: 3. T., j. 21/10/2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 nov. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental (AgRg) no Recurso Especial (REsp) n. 1.352.847/RS. BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento e Egon Luiz Franzen. Relator: Ministro Marco Buzzi. Órgão julgador: 4. T., j. 21/08/2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 4 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração (EDcl) no Recurso Especial (REsp.) n. 1.465.832/RS. Banco Fiat S/A e Joylson Elemar da Silva Chaves. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Órgão julgador: 3. T., j. 12/12/2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 01 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial (EResp.) n. 707.394/RS. Banco Santander BANESPA S/A e Cristiane Guimarães Rigotti.

Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Órgão julgador: 2. S., j. 09/12/2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 1.061.530-RS. Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A e Rosemari dos Santos Sanches. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Órgão julgador: 2. S., j. 22/10/2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 10 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 1.013.562/SC. Banco Bradesco S/A e Bernadete Panceri. Relator: Ministro Castro Meira. Órgão julgador: 2. T., j. 07/10/2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 5 nov. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 1.741.681/RJ. Barcas S/A Transportes Marítimos e Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Órgão julgador: 3. T., j. 23/10/2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.591/DF. Confederação Nacional do Sistema Financeiro e Presidente da República. Relator: Ministro Eros Grau. Órgão julgador: Tribunal Pleno, j. 07/06/2006. *Diário da Justiça*, Brasília, ata n. 16, 7 jun. 2006.

DIDIER JR., Fredie. *Editorial* 63. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-63/>. Acesso em: 06 ago. 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do consumidor*. 15. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*.

GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. É sempre vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 14, n. 2.154, 25 maio 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12913>. Acesso em: 13 ago. 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*.

MIRAGEM, Bruno. Pela autoridade e coerência do direito, Súmula 381 do STJ deve ser revisada. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 12 out. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-12/garantias-consumo-autoridade-coerencia-direito-sumula-381-stj-revisada2>. Acesso em: 09 ago. 2020.

MOREIRA, Marcelo. STJ define orientações para questões bancárias. *Estadão*, São Paulo, 1 maio 2009. Caderno Política. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/advogado-de-defesa/stj-define-orientacoes-para-questoes-ban/>. Acesso em: 14 ago. 2020.

MUNIZ, Mariana. STJ desiste de repetitivo sobre reconhecimento de ofício. *Jota*, São Paulo, 22 mar. 2017. Caderno Justiça. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/stj-desafeta-recurso-repetitivo-22032017>. Acesso em: 12 ago. 2020.

NEIVA, Gerivaldo Alves. A súmula 381 do STJ: um ato falho? *Migalhas de Peso*, São Paulo, 11 maio 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI84230,61044-A+s+umula+381+do+STJ+um+ato+falho>. Acesso em: 10 ago. 2020.

NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 719-913.

NERY JÚNIOR, Nelson. Questões de ordem pública e seu julgamento *ex officio*: considerações sobre o verbete STJ 381 da súmula da jurisprudência predominante no STJ. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 60, p. 237-254, out/dez. 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3. *E-book*.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. A necessária revisão da Súmula 381/STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 110, p. 423-458, mar./abr. 2017.

PASQUALOTTO, Adalberto. Reflexões na frente do espelho: memória e autocrítica aos 25 anos. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de (coord.). *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetória e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

PETRY, Alexandre Torres. A Súmula 381 do STJ como afronta ao sistema dos direitos fundamentais. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 106-119, jul./dez. 2012.

RANGEL, Rafael Calmon. A técnica da distinção de precedentes e a súmula 381 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 105, p. 321-342, maio/jun. 2016.

REICHEL, Luís Alberto. O sistema de direitos fundamentais processuais densificado pelo novo CPC e a necessária superação da súmula 381 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 110, p. 459-472, mar./abr. 2017.

SCHWARTZ, Fabio. A súmula 381 do STJ e o riso da mulher trácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 108, p. 17-35, nov./dez. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada: análise dos requisitos para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental no código de processo civil de 2015*. 2018. 556 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

SOUZA, Sylvio Capanema de; WERNER, José Guilherme Vasi; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018. *E-book*.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*.

TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 73, p. 51-77, jan./mar. 2010.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS (AUTOMÓVEIS) E O SALDO RESIDUAL NA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO¹

Lucas Abreu Barroso
Manuela Coutinho Costa

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O fomento ao crédito de consumo pela via da alienação fiduciária. 3 A alienação fiduciária de bens móveis (automóveis). 4 A busca e apreensão e o pagamento do saldo residual. 5 O pagamento do saldo residual no confronto com o microssistema consumerista. 6 Notas conclusivas. 7 Referências.

1 Introdução

A viragem paradigmática ocorrida na segunda metade do século XX transformou profundamente os rumos da sociedade contemporânea. O pensamento moderno, rígido e engessado, demonstrou-se insuficiente em face da realidade dinâmica da sociedade pós-industrial,² tornando-se necessário o rompimento das molduras da modernidade – certeza, individualismo, segurança, razão³ – em prol de uma nova maneira de compreender a vida em sociedade, a denominada pós-modernidade (contemporaneidade). Características como complexidade, fragmentariedade e

1 Texto originalmente publicado em: BARROSO, L. A.; COSTA, M. C. Alienação fiduciária de bens móveis (automóveis) e o saldo residual na ação de busca e apreensão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 133, p. 255-271, 2021.

2 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 63.

3 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 72.

pluralismo, somadas à revolução da técnica, à mundialização da economia e à massificação dos meios de comunicação,⁴ compõem esse novo cenário social.

A busca desenfreada pela obtenção de crédito a fim de satisfazer o sentimento de pertencimento em uma sociedade imediatista e individualista, fruto da liquidez e da fluidez das relações intersubjetivas, da globalização, da produção industrial em larga escala e da satisfação dos desejos pessoais, vem se revelando pelo viés de um consumo cada vez mais exacerbado dentro do modelo social anunciado.

Tal realidade desnuda o constante desafio do direito, como conhecimento prático,⁵ de remodelar os institutos jurídicos fundamentais herdados do pensamento moderno, com o objetivo de adequá-los aos anseios de uma realidade dinâmica, marcada pela promoção do consumo, que, não raras vezes consubstanciada na concessão facilitada de crédito, impele o ordenamento jurídico a lidar com uma veloz circulação de bens e de capitais e seus efeitos deletérios, sem aniquilar o sistema de garantias creditórias.⁶

Nesse contexto, a alienação fiduciária surge como uma espécie de garantia real que assegura ao devedor, denominado fiduciante, a possibilidade de financiamento de um bem móvel ou imóvel, e ao credor, em regra, uma instituição financeira e, ali, fiduciário, a propriedade do bem, até que seja satisfeita a obrigação. Vislumbra-se, desse modo, a inegável importância da disciplina jurídica da alienação fiduciária, reflexo de uma sociedade cuja necessidade de consumir é permanente e a insaciável demanda pelo poder de compra resulta numa excessiva concessão de crédito.

Uma das facetas mais visíveis da remodelação do campo do direito operada na pós-modernidade (contemporaneidade) revela-se pela tutela jurídica das relações de consumo e de seu personagem principal. O consumidor, vulnerável – muitas vezes hipossuficiente –, alcançou, a partir da Constituição de 1988, tutela constitucional, no patamar dos direitos fundamentais. O Código de Defesa do Consumidor ocupou o nível das normas infraconstitucionais, instituindo um microsistema jurídico.

Em que pese a evolutiva normatividade em defesa do consumidor, as alterações legislativas realizadas no âmbito da alienação fiduciária em garantia, em especial as introduzidas pela Lei n. 10.931/2004 e pela Lei n. 13.043/2014, prezam pela fluidez e pela dinâmica do mercado, além da celeridade do procedimento jurídico, em detrimento dos direitos constitucionais e das garantias legais asseguradas ao consumidor devedor.

Traçadas essas linhas iniciais, objetiva-se neste artigo realizar uma reflexão em torno da venda extrajudicial do bem e da consequente necessidade do

4 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 63.

5 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 64.

6 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Busca e apreensão na alienação fiduciária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 4, p. 37-55, jan. 1999. *Versão digital*.

pagamento do saldo residual pelo devedor fiduciante, no que se refere à aquisição de automóveis.

Isso porque tal procedimento encontra-se eivado de regras prejudiciais ao devedor fiduciante, que, na qualidade de consumidor, resta desprovido de proteção jurídica no momento em que a propriedade do bem dado em garantia resolve-se em favor do credor fiduciário, em decorrência do inadimplemento.

2 O fomento ao crédito de consumo pela via da alienação fiduciária

A pós-modernidade, conceito ambíguo e indeterminado, comumente empregado para designar a contemporaneidade, manifesta-se por meio de variadas concepções, irradiadas por diversos espectros, como a literatura, a arte, a política e a ciência, que, em geral, compartilham o ideário crítico de desconstrução da modernidade estética e científica.⁷

Trata-se de época marcada por profunda crise dos modelos teóricos enrijecidos, lineares e totalizadores da modernidade, questionadora das noções clássicas e da verdade objetiva herdadas do Iluminismo.⁸ Enquanto marco histórico-social, pode ser compreendida como o rompimento com a modernidade vivida entre meados do século XVII e meados do século XX, caracterizando-se pela pluralidade e pela complexidade, acentuadas pela mundialização da economia, pela revolução da técnica e pela massificação dos meios de comunicação.⁹

Sob o viés paradigmático, há que se entender a pós-modernidade, ou sociedade pós-industrial,¹⁰ a partir da superação do racionalismo como razão totalizadora¹¹ e como perda crescente da importância da certeza enquanto preceito fundamental,¹² primando por soluções efetivas ante uma realidade em contínua e rápida transformação.

Na “era” líquido-moderna,¹³ as relações interpessoais tornaram-se superficiais. O tempo, pontilhado, fragmentado, ou mesmo pulverizado, transformou-se

7 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-62.

8 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 62.

9 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 62-63.

10 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 63.

11 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 74.

12 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 76.

13 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação de pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 19.

em inúmeros “instantes eternos”¹⁴. Tais elementos, quando confrontados com a economia globalizada, a fluidez, a dinamicidade e a fragmentariedade características desse período, revelam um significativo perfil: a permanente busca pelo consumo na contemporaneidade.

Conclui-se que no âmbito das relações interpessoais, a sociedade pós-moderna é marcada pelo consumo(ismo),¹⁵ como forma de obtenção da “felicidade”, ao ponto de remodelar os padrões sociais de sucesso e de prestígio, de modo que “ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria”¹⁶.

A sociedade de consumo,¹⁷ ou de consumidores,¹⁸ ao consagrar a estandardização do consumo como eixo das relações subjetivas hodiernamente, eleva o consumo a um estilo de vida e a uma estratégia existencial, tornando-se, por fim, um atributo da sociedade,¹⁹ que enxerga nessa prática o único meio para obter o “sentimento reconfortante de pertencer”²⁰.

Nesse cenário de surgimento de novas fontes de produção e de consumo, em um ciclo dinâmico e progressivo de circulação de riquezas,²¹ há uma constante expansão da oferta de crédito, e alcançam destacada relevância jurídica, econômica e social as garantias creditórias. Essas objetivam assegurar ao credor o recebimento de seus haveres,²² e ao consumidor recursos financeiros que ampliem seu poder de compra e os mantenham atuantes na sociedade de consumo.

Nessa conjuntura, a alienação fiduciária, como espécie de garantia real, consiste no negócio jurídico pelo qual o credor adquire, em confiança, a propriedade de um bem e obriga-se a devolvê-la quando satisfeita a obrigação ou lhe seja exigida a restituição.²³

Em termos práticos, trata-se de contrato bilateral em que o devedor, denominado fiduciante, com o escopo de garantia, transfere ao credor, ou fiduciário, a propriedade resolúvel e a posse indireta de bem móvel ou imóvel, mantendo-se na posse direta do bem, até que advenha o total adimplemento da obrigação

14 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação de pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 46.

15 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação de pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 41.

16 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação de pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 22.

17 BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Arte & Comunicação, 2007. p. 25.

18 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação de pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 19.

19 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação de pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 41.

20 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação de pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 116.

21 RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária: direito e ações - manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 161.

22 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Busca e apreensão na alienação fiduciária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 4, p. 37-55, jan. 1999. *Versão digital*.

23 GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1971. p. 18.

e a propriedade seja resolvida em favor do fiduciante, ou incida outra causa de extinção do negócio jurídico celebrado.

Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 66 e ss. da Lei de Mercado de Capitais (Lei n. 4.728/1965), a alienação fiduciária em garantia surgiu como ferramenta para o desenvolvimento econômico, no intuito de suprir a insuficiência de garantias sobre bens móveis como o penhor, a cláusula de reserva de domínio e a caução de títulos,²⁴ fato incompatível com as demandas socioeconômicas da época.²⁵ Com vistas ao fomento do comércio e à ampliação do mercado consumidor, possibilitou-se, prioritariamente, o financiamento e a aquisição de bens de consumo duráveis,²⁶ como os automóveis.

Embora guarde alguma similitude com o negócio fiduciário germânico e com o *chattel mortgage* britânico,²⁷ a alienação fiduciária em garantia é negócio típico do direito brasileiro, concebida como nova espécie de garantia das operações de crédito, chegando a ser considerada supergarantia das obrigações,²⁸ porquanto tutele os interesses dos credores de maneira mais poderosa do que as próprias garantias reais e os privilégios creditórios preferenciais.²⁹

Essa nova espécie de garantia real, de fato, conferiu maior elasticidade ao mercado de consumo e, ao mesmo tempo, minimizou riscos operacionais, conferindo ao credor ferramentas robustas para garantir o pagamento do débito. A alienação fiduciária mostrou-se, ainda, uma forma segura de concessão de crédito para o credor, em razão da facilidade e da agilidade na retomada do bem em face do devedor inadimplente, principalmente após a regulamentação da ação de busca e apreensão.

Destarte, resta indubitável o caráter de fomento ao crédito e de estímulo ao consumo da alienação fiduciária em garantia, que concedeu a uma classe de consumidores anteriormente desprovida, a capacidade aquisitiva necessária para atuar na sociedade de consumo, impulsionando a indústria e o comércio, principalmente de automóveis e de eletrodomésticos.³⁰

24 ROCHA, Eduardo de Assis Brasil. Algumas considerações sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 45, p. 95-103, set/dez. 1998. *Versão digital*.

25 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 155.

26 RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária: direito e ações - manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 162.

27 AMARAL, Francisco. A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, São Paulo, v. 5, p. 315-333, jun. 2011. *Versão digital*.

28 NORONHA, Fernando. A alienação fiduciária em garantia e o leasing financeiro como supergarantias das obrigações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, p. 37-49, mar. 2006. *Versão digital*.

29 NORONHA, Fernando. A alienação fiduciária em garantia e o leasing financeiro como supergarantias das obrigações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, p. 37-49, mar. 2006. *Versão digital*.

30 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 156.

3 A alienação fiduciária de bens móveis (automóveis)

Nos termos do art. 66 da Lei de Mercado de Capitais, a alienação fiduciária é o contrato por meio do qual se transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, tornando-se o devedor o possuidor direto do bem.

Em linhas gerais, é possível depreender que a alienação fiduciária caracteriza-se pela resolubilidade e pela acessoriedade.

É resolúvel, pois a transmissão da propriedade do bem ao credor fiduciário é restrita e temporária,³¹ perdurando até que se implemente a exigência de quitação do débito assumido.³² O credor mantém-se proprietário do bem dado em garantia até que seja totalmente adimplida a obrigação, cabendo ao devedor, nesse ínterim, a posse direta do bem alienado. Quando da quitação da dívida, a propriedade é recobrada pelo devedor, com efeitos *ex tunc*,³³ ao seu patrimônio.

O caráter acessório decorre de sua precípua finalidade de garantir o cumprimento de uma obrigação contratual,³⁴ geralmente a satisfação de um crédito obtido a partir de contrato de empréstimo ou financiamento, aplicando-se o princípio segundo o qual o acessório segue o principal.³⁵ O negócio jurídico desdobra-se, portanto, em uma faceta obrigacional, proveniente do débito contratualmente assumido, e outra real, em que há a transferência da propriedade resolúvel do bem ao credor.³⁶

Como sujeitos da relação jurídica que envolve a alienação fiduciária em garantia, identificam-se o ente financiador e o comprador.³⁷ Aquele, representado, em regra, por uma instituição financeira, que concede o financiamento ao comprador e é denominado credor fiduciário. O comprador é, na verdade, um consumidor, pessoa física ou jurídica capaz de contrair obrigações junto ao financiador. Ele se encontra no polo passivo da relação jurídica e é denominado devedor fiduciante.

Os primeiros apontamentos acerca da alienação fiduciária em garantia, sob a égide da Lei de Mercado de Capitais, demonstravam entraves práticos surgidos com a então novel espécie de garantia real. As lacunas e a imprecisão técnica³⁸ da legislação, especialmente quanto ao remédio processual cabível para a retomada da posse do bem pelo credor fiduciário,³⁹ determinaram a reformulação legislativa

31 CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade fiduciária de bens móveis em garantia. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 21, p. 302-335, jul./set. 2003. *Versão digital*.

32 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Busca e apreensão na alienação fiduciária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 4, p. 37-55, jan. 1999. *Versão digital*.

33 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Busca e apreensão na alienação fiduciária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 4, p. 37-55, jan. 1999. *Versão digital*.

34 CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade fiduciária de bens móveis em garantia. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 21, p. 302-335, jul./set. 2003. *Versão digital*.

35 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 159.

36 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 159.

37 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Busca e apreensão na alienação fiduciária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 4, p. 37-55, jan. 1999. *Versão digital*.

38 GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1971. p. 20.

39 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 156.

introduzida pelo Decreto-lei n. 911/1969. O novo regramento retificou os conceitos de direito material e regulamentou o instituto em matéria processual,⁴⁰ introduzindo a busca e apreensão como procedimento apto a restituir a posse do bem em favor do credor, nos casos de inadimplemento do devedor.

A partir daí, a alienação fiduciária consagrou-se no cenário das garantias reais creditórias como o meio mais efetivo para assegurar o direito do credor. Isso porque, na constância da relação jurídica havida entre fiduciário e fiduciante, ao devedor cabe tão somente a posse do bem, sem nenhum direito real.⁴¹ A propriedade resolúvel do bem permanece com o credor fiduciário que, conseqüentemente, reveste-se de maior amparo legal para reavê-lo em caso de inadimplemento.

A extinção esperada do contrato de alienação fiduciária dá-se com a integral quitação do débito assumido com o financiamento, nos limites deste texto, do automóvel, hipótese na qual a propriedade é resolvida plena e absolutamente⁴² em favor do devedor, com efeitos retroativos.

Entretanto, havendo inadimplemento por parte do fiduciante, faculta-se ao credor: a alienação do veículo, caso esteja em seu poder (art. 66, § 4º, da Lei n. 4.728/1965⁴³); o ajuizamento de ação executiva autônoma (art. 5º do Decreto-lei n. 911/1969⁴⁴); a busca e apreensão do bem (art. 3º do Decreto-lei n. 911/1969⁴⁵).

Por estar, quase sempre, a posse do bem com o devedor fiduciante, inegável é que a ação de busca e apreensão é o meio processual mais rápido, mais simples e mais efetivo para restituir a sua posse ao credor. Por isso, afigura-se o procedimento exponencialmente mais praticado pelo fiduciário.

A celeridade do procedimento visando a recuperação da posse do bem, por meio da busca e apreensão, torna a alienação fiduciária em garantia muito atrativa ao credor. Em razão disso, esse instituto é largamente utilizado pelas instituições financeiras, correspondendo a 59% das modalidades de gravame sobre a frota de veículos e motocicletas até dezembro de 2019, de acordo com a Associação Nacional das Empresas Financeiras das Montadoras⁴⁶.

40 GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1971. p. 20.

41 PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 440.

42 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 172.

43 “§ 4º No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário fiduciário pode vender a coisa a terceiros e aplicar preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver.”.

44 “Art. 5º Se o credor preferir recorrer à ação executiva, direta ou a convertida na forma do art. 4º, ou, se for o caso ao executivo fiscal, serão penhorados, a critério do autor da ação, bens do devedor quantos bastem para assegurar a execução.”.

45 “Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.”.

46 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS FINANCEIRAS DAS MONTADORAS. Dados estatísticos. *Boletim Mensal Anef*, São Paulo, dez. 2019. Disponível em: http://anef.com.br/administrador/files/pdfs/7cd820_4e014e-764f658760f0dc138cb3.pdf. Acesso em: 02 maio 2020.

4 A busca e apreensão e o pagamento do saldo residual

A ação de busca e apreensão constitui processo autônomo e independe de procedimento posterior.⁴⁷ Nos termos do art. 3º do Decreto-lei n. 911/1969, comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor fiduciante, é permitido ao fiduciário pedir a busca e apreensão do bem alienado, o que será concedido liminarmente.

Fica evidente, pela legislação de regência⁴⁸ da matéria, que, nas dívidas garantidas por alienação fiduciária, a mora constitui-se *ex re*,⁴⁹ ou seja, decorre automaticamente do vencimento do prazo para pagamento; sua comprovação é requisito imprescindível para o deferimento da liminar.

Com efeito, atendidos os requisitos legais, impõe-se o deferimento da liminar de busca e apreensão do veículo, que destituirá o devedor da posse do bem. Surpreendentemente, a partir da Lei n. 13.043/2014, o pedido liminar também pode ser apreciado nos plantões judiciais, com cumprimento imediato, tamanha a agilidade que se pretende conferir à busca e apreensão do bem.

Ademais, decorrido o prazo de cinco dias da execução da liminar de busca e apreensão, caso não seja paga a integralidade da dívida, a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem são consolidadas no patrimônio do credor fiduciário.⁵⁰

Infere-se que as modificações introduzidas pela Lei n. 10.931/2004 e pela Lei n. 13.043/2014 remodelaram a sistemática da purgação da mora, retirando a possibilidade de se apresentar contestação em momento anterior à consolidação da propriedade do veículo em favor do credor. Além disso, reduziu o prazo de quinze para cinco dias e impossibilitou a purgação da mora mediante o pagamento das parcelas vencidas, caso o montante pago já houvesse ultrapassado 40% do valor do veículo.⁵¹

Cumprе ressaltar que o prazo de cinco dias concedido ao devedor destina-se tão somente à purga da mora, sendo incabível nesse momento processual alegar a existência de cláusulas abusivas, pontualidade no pagamento ou qualquer outra matéria que conduza à improcedência da busca e apreensão, as quais devem ser suscitadas na contestação, cujo prazo é superior ao da consolidação da liminar.

Nesses termos, forçoso é reconhecer o caráter satisfativo e definitivo da liminar de busca e apreensão, de modo que, consolidada para o credor a propriedade do veículo, já se encontra plenamente assegurada ao fiduciário a solução da lide.

47 Art. 3º, § 8º, do Decreto-lei n. 911/1969.

48 Art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 911/1969.

49 GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1971. p. 95.

50 Art. 3º, § 1º, do Decreto-lei n. 911/1969.

51 KÜMPER, Vitor Frederico. *Alienação fiduciária de automóveis e a reformatio in pejus no novo procedimento de busca e apreensão do bem móvel*. Migalhas, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/202427/alienacao-fiduciaria-de-automoveis-e-a-reformatio-in-pejus-no-novo-procedimento-o-de-busca-e-apreensao-do-bem-movel>. Acesso em: 03 maio 2020.

A bem da verdade, a antecipação dos vencimentos e a exigência do pagamento integral do débito são condições absolutamente incompatíveis com a estrutura e a função do contrato de financiamento de veículos, assim também com o princípio da preservação do contrato.⁵² Isso porque, em vez de prezar pela prevalência da recomposição financeira do contrato, a resolução contratual acaba por converter-se em regra, mediante a consolidação definitiva da propriedade e da posse do veículo ao credor e a antecipação da totalidade do débito do financiamento.

Observa-se, assim, a partir das alterações legislativas introduzidas, a substituição de um procedimento cauteloso e seguro por uma sistemática na qual a celeridade é posta como objetivo principal, “um procedimento extremamente expedito, e porque não dizer violento”⁵³, gerando enorme insegurança jurídica, especialmente para o devedor fiduciante, cuja situação tornou-se ainda mais gravosa.⁵⁴

Fato é que, consolidada a propriedade e a posse do bem móvel em favor do credor fiduciário, são a ele conferidos poderes para, desde logo, promover a venda extrajudicial do bem, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial.⁵⁵

Desse modo, sem garantia de participação do devedor ou apreciação judicial, sem transparência, publicidade ou qualquer outro critério de vigilância e controle preestabelecido em lei,⁵⁶ o credor realiza a venda extrajudicial do bem para recebimento de seu crédito, total ou parcialmente.

Diante de tais circunstâncias, beira a ingenuidade acreditar no empenho do credor para alcançar o preço total do bem financiado na venda extrajudicial, restando invariavelmente ao consumidor-devedor o pagamento do saldo residual. Isso porque o credor poderá valer-se de ação autônoma de cobrança em face do devedor para assegurar a satisfação do seu crédito, como será visto no item a seguir.

À vista disso, não é exagero afirmar que o estágio atual da alienação fiduciária em garantia desenvolve-se no caminho inverso daquele trilhado pelo ordenamento constitucional e infraconstitucional, voltado à proteção da parte mais vulnerável na relação jurídica de consumo, no caso, o devedor fiduciante (consumidor).

52 CHALHUB, Melhim Namem. A purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 66, p. 91-105, abr./jun. 2008. *Versão digital*.

53 ROCHA, Eduardo de Assis Brasil. Algumas considerações sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 45, p. 95-103, set/dez. 1998. *Versão digital*.

54 KÜMPFEL, Vitor Frederico. Alienação fiduciária de automóveis e a reformatio in pejus no novo procedimento de busca e apreensão do bem móvel. *Migalhas*, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/registrarhas/202427/alienacao-fiduciaria-de-automoveis-e-a-reformatio-in-pejus-no-novo-procedimento-o-de-busca-e-apreensao-do-bem-movel>. Acesso em: 03 maio 2020.

55 Art. 2º do Decreto-lei n. 911/1969.

56 LEMOS, Walter Gustavo da Silva. Novos rumos da alienação fiduciária em garantia. *DireitoNet*, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2525/Novos-rumos-da-alienacao-fiduciaria-em-garantia>. Acesso em: 25 abr. 2020.

5 O pagamento do saldo residual no confronto com o microssistema consumerista

Não se olvida que, sob viés histórico, a alienação fiduciária surgiu como um instrumento fomentador da incipiente indústria brasileira da década de 1960 e revelou-se mecanismo propício a uma sociedade pós-moderna de consumo. Todavia, sua evolução não acompanhou as profundas transformações operadas pela proteção e defesa das relações de consumo a partir da Constituição de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor.

Do mesmo modo, não se desconhece o emprego da alienação fiduciária, inaugurado pelo art. 51 da Lei n. 10.931/2004, como instrumento de garantia aos contratos interempresariais, nos quais ambas as partes possuem escopo de lucro e o fiduciante objetiva a constituição, expansão ou manutenção da sua atividade negocial.⁵⁷

Todavia, os limites do presente texto se encerram no contrato de consumo, o qual em muito se distancia dos contratos interempresariais, por tratar-se aqui de uma relação contratual entre desiguais, com o propósito de obtenção de um veículo por parte do fiduciante – técnica, jurídica e faticamente vulnerável.⁵⁸

Em seu aspecto técnico, a vulnerabilidade se caracteriza ante a ausência de conhecimento especializado do consumidor acerca da garantia da alienação fiduciária quando comparado com o conhecimento especializado da instituição financeira fiduciária credora. Por seu turno, juridicamente, o fiduciante também se mostra vulnerável, porque, em regra, desconhece os direitos e deveres inerentes ao contrato. A vulnerabilidade fática tem caráter mais geral e se demonstra na debilidade econômica⁵⁹ do contratante em face da instituição financeira contratada.

Assentado o caráter consumerista da relação firmada entre fiduciante e fiduciário, observa-se que o flagrante desequilíbrio de forças ao qual é submetido o consumidor durante o procedimento de busca e apreensão certamente afronta os ditames constitucionais e infraconstitucionais de proteção ao consumidor, além de conferir vantagens excessivas ao fiduciário, poderosas instituições financeiras, especialmente no que se refere à venda extrajudicial do veículo, mais das vezes a preço vil, com posterior cobrança do saldo residual, o que viola a previsão do art. 39, V, do diploma consumerista.⁶⁰

A desproporção no tratamento dispensado ao fiduciante se acentua quando se observa que o contrato ao qual se submete “em praticamente todos os casos

57 BENEDETTI, Andressa. *Alienação fiduciária de bens imóveis em garantia aos contratos empresariais*. 2019. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019. p. 14.

58 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. E-book.

59 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. E-book.

60 “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.”.

é de adesão”⁶¹, sendo as cláusulas preestabelecidas unilateralmente pelo polo economicamente mais forte da relação contratual, no caso, a instituição financeira. Ao consumidor, impossibilitado de discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo, resta a alternativa de meramente aceitar, ou não, o contrato massificado que lhe é entregue já impresso, muitas vezes sem sequer ler completamente,⁶² desconhecendo o perverso procedimento previsto para a hipótese de inadimplemento, o que, notadamente, acentua sua vulnerabilidade jurídica.

Sobreleva notar que, por força do art. 51, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, presume-se exagerada a vantagem que (i) ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; (ii) restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; (iii) mostra-se excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Não é outra a situação vivenciada pelo consumidor em decorrência do procedimento de busca e apreensão de automóvel. Para além das regras tendenciosas e prejudiciais em benefício das instituições financeiras credoras; de perder a posse do veículo financiado; de sujeitar-se à sua venda por valor irrisório, ainda se vê pessoalmente responsável pela dívida remanescente. A cobrança do saldo residual, após a venda extrajudicial do veículo nas circunstâncias em que ela ocorre, faz desaparecer o equilíbrio contratual, abalando um dos pilares do microssistema consumerista, porquanto deixa o fiduciante refém da instituição financeira credora.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, uma vez realizada a venda extrajudicial do bem, fica vedado ao credor valer-se da execução para o recebimento do saldo devedor remanescente, tendo em vista que a eficácia executiva do contrato não se estende a tal finalidade.

Conforme julgado da Terceira Turma, “a venda extrajudicial do mesmo, independentemente de prévia avaliação e de anuência do devedor quanto ao preço, retira ao eventual crédito remanescente a característica de liquidez, e ao título dele representativo, em consequência, a qualidade de título executivo”⁶³. Tal decisão alinha-se ao entendimento da Quarta Turma, para a qual o fiduciante deve responder pessoalmente pelo saldo devedor remanescente em processo de conhecimento,

61 NORONHA, Fernando. A alienação fiduciária em garantia e o leasing financeiro como supergarantias das obrigações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, p. 37-49, mar. 2006. *Versão digital*.

62 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2 ed. Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

63 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento (AgRg no Ag) n. 696.783/MS. Banco do Brasil S/A e Lauro Dierings e outro. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desemb. Convocado do TJ/RS). Órgão julgador: 3. T., j: 09/11/2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 02 dez. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=696783&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 12 jul. 2017.

nos autos de ação própria.⁶⁴

A mesma assimetria se constata na orientação do Tribunal da Cidadania exarada no julgamento do Recurso Especial n. 1.622.555/MG⁶⁵, acerca da inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial aos contratos regidos pelo Decreto-Lei n. 911/69.

Diante dos princípios e obrigações constitucionais, consumeristas e contratuais incidentes na alienação fiduciária em garantia, cumpre às partes – e não apenas uma delas – agir com lealdade e cooperação, informando e protegendo mutuamente para que se cumpra adequadamente o pactuado.⁶⁶

Nada obstante, ao possibilitar a busca e apreensão de um veículo cujo contrato havia sido 91,66% adimplido pela consumidora, sendo irrisório o débito remanescente, como no caso do prefalado recurso, a Corte Superior privilegia as instituições financeiras fiduciárias, isentando-as dos deveres que lhe foram imputados, em flagrante contrariedade ao eixo principiológico dos contratos, que abrange a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio econômico.

Ressalte-se, ainda, que embora o entendimento não tenha sido firmado sob a sistemática da repetitividade recursal e a conclusão do acórdão não tenha sido unânime, o posicionamento parece ter sido pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, nos termos dos seguintes julgados: AgInt no REsp 1.829.405/DF⁶⁷, AgInt no AREsp 1.502.241/PR⁶⁸ e AgInt no REsp 1.764.426/CE⁶⁹.

Por qualquer perspectiva de análise, urge a revisão legislativa e jurisprudencial do procedimento da alienação fiduciária em garantia de bens móveis, haja vista o equilíbrio contratual e a defesa do consumidor contra a prática de condutas abusivas

64 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 142984/SP (1997/0054943-7). Oswaldo Biancardi Sobrinho e Remaza Sociedade de Empreendimentos e Administração LTDA. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Órgão julgador: 4. T., j. 21/03/2002. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 jun. 2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501196525&dt_publicacao=02/12/2009. Acesso em: 20 abr. 2020.

65 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 1.622.555/MG (2015/0279732-8). Banco Volkswagen S.A e Ana Luiza Duro Keller. Relator: Ministro Marco Buzzi, Relator para acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Órgão julgador: 2. S., j. 22/02/2017. *Diário da Justiça*, Brasília, 16 mar. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502797328&dt_publicacao=16/03/2017. Acesso em: 20 out. 2020.

66 EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-book.

67 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 1829405 - DF (2019/0225169-8). Serviços e Reformas Martins Ltda e Banco Bradesco Financiamentos S.A. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Órgão julgador: 4. T., j. 18/05/2020. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 maio. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902251698&dt_publicacao=21/05/2020. Acesso em: 20 out. 2020.

68 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 1.502.241 - PR (2019/0132464-2). Corol Cooperativa Agroindustrial e Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão julgador: 4. T., j. 19/09/2019. *Diário da Justiça*, Brasília, 24 set. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901324642&dt_publicacao=24/09/2019. Acesso em: 20 out. 2020.

69 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 1764426 - CE (2018/0228243-1). Antônio Lisboa Costa e Banco Itaucard S.A. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Órgão julgador: 3. T., j. 29/04/2019. *Diário da Justiça*, Brasília, 06 maio 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802282431&dt_publicacao=06/05/2019. Acesso em: 20 out. 2020.

e a imposição de vantagens excessivamente onerosas em proveito do credor fiduciário; enfim, para restabelecer a igualdade material nas relações contratuais.

Nesse contexto, visando a proteção da parte vulnerável na relação jurídica de consumo, os princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual devem demonstrar sua força normativa em cada caso concreto em que estiver ameaçada a harmonização dos interesses entre consumidores e fornecedores.

6 Notas conclusivas

A função social do contrato propõe a observância dos interesses dos contratantes em consonância com os interesses da coletividade,⁷⁰ não havendo que se falar em desenvolvimento econômico apartado do desenvolvimento social.⁷¹ Nesse passo, ao conjugar os interesses individuais e transindividuais, sob a concepção principiológica da função social, torna-se possível atingir o equilíbrio contratual,⁷² tão ameaçado no atual sistema da busca e apreensão.

A boa-fé objetiva concretiza um parâmetro de comportamento, de respeito a interesses legítimos, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, contribuindo para o cumprimento do objetivo contratual.⁷³ Surgem, nessa esteira, outros deveres contratuais gerais, com destaque para os de informação e de cooperação, a partir dos quais sobrevivem os deveres de esclarecimento sobre os riscos do serviço⁷⁴ e de renegociação da dívida do parceiro vulnerável,⁷⁵ imprescindíveis na reformulação procedimental da busca e apreensão.

Deve-se buscar a conservação do negócio pactuado em detrimento da simples resolução do contrato. Esta, lamentavelmente, tem sido a solução preconizada no procedimento de busca e apreensão de bens móveis, especialmente ao exigir que haja o pagamento da totalidade da dívida (parcelas vencidas e vincendas) para reaver a posse do bem apreendido depois do deferimento da liminar de busca e apreensão.

Fecundo será conferir ampla efetividade ao princípio do equilíbrio econômico do contrato que, inspirado na igualdade substancial, pugna por uma relação

70 FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Os princípios sociais dos contratos. *Informativo Jurídico Consulex*, Brasília, v. 18, n. 34, p. 4-6, ago. 2004. p. 5.

71 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 33.

72 FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Os princípios sociais dos contratos. *Informativo Jurídico Consulex*, Brasília, v. 18, n. 34, p. 4-6, ago. 2004. p. 5.

73 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. em e-book baseada na 8. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

74 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. em e-book baseada na 8. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

75 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. em e-book baseada na 8. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

negocial mais justa,⁷⁶ com seus meios de proteção do polo mais fraco e da vedação de arbitrariedades. Deve-se militar pela conservação do negócio contratual em detrimento de sua resolução, a começar pela aplicação da teoria do adimplemento substancial à alienação fiduciária de automóveis, no caso em que o débito remanescente é ínfimo em relação ao montante já pago pelo consumidor.

7 Referências

AMARAL, Francisco. A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, São Paulo, v. 5, p. 315-333, jun. 2011. *Versão digital*.

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-77.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS FINANCEIRAS DAS MONTADORAS. Dados estatísticos. *Boletim Mensal Anef*, São Paulo, dez. 2019. Disponível em: <http://anef.com.br/administrador/files/pdfs/7cd8204e014e764f658760f0dc138cb3.pdf>. Acesso em: 02 maio 2020.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Arte & Comunicação, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação de pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENEDETTI, Andressa. *Alienação fiduciária de bens imóveis em garantia aos contratos empresariais*. 2019. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento

76 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*.

(AgRg no Ag) n. 696.783/MS. Banco do Brasil S/A e Lauro Dierings e outro. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desemb. Convocado do TJ/RS). Órgão julgador: 3. T., j. 09/11/2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 02 dez. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=696783&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 142984/SP (1997/0054943-7). Oswaldo Biancardi Sobrinho e Remaza Sociedade de Empreendimentos e Administração LTDA. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Órgão julgador: 4. T., j. 21/03/2002. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 jun. 2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/pr_ocesso/revista/inteiroteor/?num_registro=200501196525&dt_publicacao=02/12/2009. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 1.622.555/MG (2015/0279732-8). Banco Volkswagen S.A e Ana Luiza Duro Keller. Relator: Ministro Marco Buzzi, Relator para acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Órgão julgador: 2. S., j. 22/02/2017. *Diário da Justiça*, Brasília, 16 mar. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502797328&dt_publicacao=16/03/2017. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 1764426 - CE (2018/0228243-1). Antônio Lisboa Costa e Banco Itaucard S.A. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Órgão julgador: 3. T., j. 29/04/2019. *Diário da Justiça*, Brasília, 06 maio 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802282431&dt_publicacao=06/05/2019. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 1829405 - DF (2019/0225169-8). Serviços e Reformas Martins Ltda e Banco Bradesco Financiamentos S.A. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Órgão julgador: 4. T., j. 18/05/2020. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 maio. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902251698&dt_publicacao=21/05/2020. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n. 1.502.241 - PR (2019/0132464-2). Corol Cooperativa Agroindustrial e Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão julgador: 4. T., j. 19/09/2019. *Diário da Justiça*, Brasília, 24 set. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901324642&dt_publicacao=24/09/2019. Acesso em: 20 out. 2020.

CHALHUB, Melhim Namem. A purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 66, p. 91-105, abr./jun. 2008. *Versão digital*.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade fiduciária de bens móveis em garantia. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 21, p. 302-335, jul./set. 2003. *Versão digital*.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Os princípios sociais dos contratos. *Informativo Jurídico Consulex*, Brasília, v. 18, n. 34, p. 4-6, ago. 2004.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1971.

KÜMPEL, Vitor Frederico. Alienação fiduciária de automóveis e a reformatio in pejus no novo procedimento de busca e apreensão do bem móvel. *Migalhas*, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/202427/alienacao-fiduciaria-de-automoveis-e-a-reformatio-in-pejus-no-novo-procedimento-de-busca-e-apreensao-do-bem-movel>. Acesso em: 03 maio 2020.

LEMOS, Walter Gustavo da Silva. Novos rumos da alienação fiduciária em garantia. *DireitoNet*, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2525/Novos-rumos-da-alienacao-fiduciaria-em-garantia>. Acesso em: 25 abr. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. em e-book baseada na 8. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2 ed. Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*.

NORONHA, Fernando. A alienação fiduciária em garantia e o leasing financeiro como supergarantias das obrigações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, p. 37-49, mar. 2006. *Versão digital*.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária: direito e ações - manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROCHA, Eduardo de Assis Brasil. Algumas considerações sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 45, p. 95-103, set/dez. 1998. *Versão digital*.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Busca e apreensão na alienação fiduciária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 4, p. 37-55, jan. 1999. *Versão digital*.

O TERCEIRO DE BOA-FÉ DIANTE DO CANCELAMENTO DO TÍTULO DE PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO¹

*Lucas Abreu Barroso
Karoline Tavares Vitali
Brigida Roldi Passamani*

SUMÁRIO: 1 Notas introdutórias sobre o modelo registral brasileiro. 2 A Lei n. 13.097/2015 e os enunciados normativos que disciplinam a posição jurídica do terceiro de boa-fé. 3 Considerações finais. 4 Referências.

1 Notas introdutórias sobre o modelo registral brasileiro

A aquisição da propriedade imobiliária, por força do que dispõem os artigos 1.227 e 1.245 do Código Civil de 2002 (CC), opera-se (ressalvados os casos expressos em lei) mediante o registro do instrumento translativo no Cartório de Registro de Imóveis, de forma que, enquanto não realizado, o alienante permanecerá como titular do imóvel.

Desse arranjo legislativo infere-se que o registro imobiliário, quanto à titularidade, possui natureza constitutiva, estando a sua eficácia garantida desde o momento em que se apresentar o título ao oficial registrador e este o prenotar no protocolo (artigo

¹ Texto originalmente publicado em espanhol em: BARROSO, L. A.; VITALI, K. T.; PASSAMANI, B. R. El tercero de buena fe ante la cancelación del título de propiedad en la ley brasileña. *In*: BARRÓN, Gunther Gonzales (org.). *El tercero de buena fe: examinado por tres continentes*. Lima, Perú: Gunther Gonzales Barrón; Q&P Impresores, 2022. p. 147-159.

1.246 do CC), sendo considerada a ordem cronológica para a titularidade, de modo que o mencionado efeito constitutivo retroagirá à data da prenotação.²

A sistemática brasileira³ exige duplo requisito para o título de propriedade, a saber, a *apresentação* do instrumento de transmissão ou ônus, que se perfaz no próprio termo negocial ou obrigacional, subjacente à titularidade (artigo 193 da Lei n. 6.015/1973), e o *procedimento*, pelo qual se promove, propriamente, a inscrição no álbum imobiliário (artigo 182 e seguintes da Lei n. 6.015/1973).⁴

Não tendo o registro caráter absoluto, e justamente por sua configuração “dual”, é concebível que o desfazimento da titularidade, por meio da invalidação do registro e seu respectivo cancelamento, advenha de duas ordens distintas, sendo a primeira relacionada à própria nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico que lhe deu causa, ou referindo-se total ou parcialmente a qualquer dos atos do registro.

Não se pode olvidar que o tipo de “vício” ao qual está submetido o registro ou o negócio jurídico subjacente poderá levar a soluções diversas do cancelamento, como é o caso da retificação (nos termos do artigo 213 da Lei n. 6.015/1973), ou agravar-lhe, exigindo pronunciamento jurisdicional.

De qualquer forma, em todas essas situações, mas, em especial, nos casos em que se efetiva o cancelamento, seja ele realizado na própria serventia cartorária, ou por comando sentencial, é possível que se confronte, de um lado, a figura daquele que se diz legítimo proprietário, e, de outro, o terceiro que assume posição *a posteriori* e cuja proteção não pode ser ignorada pela importância de sua confiança na estabilidade do tráfico negocial.⁵

2 A prenotação, porta de entrada do título no Cartório de Registro de Imóveis, segue documentada no “Livro n. 1 - Protocolo”, nos termos dos artigos 173, 174 e 175 da Lei n. 6.015/1973, a qual regulamenta todo o trâmite registral no âmbito das serventias cartorárias extrajudiciais (SCHREIBER, Anderson et al. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 926-927).

3 “O registro imobiliário foi denominado como forma de aquisição de propriedade pelo Código Civil de 1916, cujo sistema registrário foi regulamentado pela Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), com modificações das Leis n. 6.140/1974 e 6.216/1975, tendo sido recepcionado pelo Código Civil de 2002, onde a sistemática adotada, em parte, é a mesma do sistema imobiliário alemão” (REMEDI, Antonio; AGUIAR, Marcos Vinícius Pacheco. A Lei n. 13.097/2015 e a efetivação do princípio da concentração no registro de imóveis. *Revista Direito & Paz*, Lorena, n. 37, p. 4-25, 2017. p. 9).

4 Foi apenas com a Lei n. 1.237/1864, regulamentada pelo Decreto n. 3.453/1865, que se instituiu, efetivamente, no Brasil, uma normatização voltada exclusivamente à regulamentação do sistema imobiliário. Ao se transformar o Registro de Imóveis (pela conversão do Registro de Hipotecas) em Registro Geral, foi alterado o próprio modo de aquisição do bem imobiliário, deixando de acompanhar a simples tradição da coisa para a necessidade de transcrição das aquisições no, então, Registro Geral (REZENDE, Raquel Vieira Abrão. A sistemática registral imobiliária sob a perspectiva do princípio da publicidade registral. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 81, p. 101-132, jul./dez. 2016).

O processo de registro imobiliário vem sendo informatizado no Brasil. Desde a promulgação da Lei n. 11.977/2009, observa-se, a partir do seu artigo 37, a “implantação do sistema de registro eletrônico no país, bem como da disponibilização de serviços de recepção de títulos e fornecimento de informações e certidões em meio eletrônico” (MALUF, Paulo José Leonesi. Registros públicos e notas eletrônicas: riscos e oportunidades na migração do acervo documental físico para o meio eletrônico. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 80, p. 125-142, jan./jun. 2016. p. 131. Confira-se, igualmente, ASSAD, Frederico Jorge Vaz de Figueiredo. Registro de imóveis eletrônico e governança fundiária. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 81, p. 215-233, jul./dez. 2016. p. 226-227).

5 ARAÚJO, Fábio Caldas de. *O terceiro de boa-fé: proteção na aquisição de bens móveis e imóveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book. Capítulo 4, item 4.2.

2 A Lei n. 13.097/2015 e os enunciados normativos que disciplinam a posição jurídica do terceiro de boa-fé

Existe no ordenamento brasileiro uma pluralidade de enunciados normativos que disciplinam a posição jurídica do terceiro de boa-fé, entre as quais se destacam: a) os artigos 1.245, 1.246 e 1.247, e seus respectivos parágrafos, do CC; b) os artigos 172 e 214, parágrafo 5º, da Lei n. 6.015/1973; c) o artigo 54 da Lei n. 13.097/2015. Entretanto, por terem sido editados em momentos muito distintos da história jurídica nacional, eles acabam por não guardar conformidade entre si – ao menos à primeira vista.

Antes de prosseguir, é preciso situar o tema proposto. Quando se fala nos modos derivados de aquisição da propriedade imobiliária numa cadeia de sucessão por atos *inter vivos*, ou mesmo *causa mortis*, sempre é possível observar o fenômeno também a partir do viés processual, haja vista que o tema da responsabilidade patrimonial lá repercute de forma direta.

Esta é a razão pela qual o registro imobiliário e a posição do terceiro de boa-fé importam à doutrina processual, sobretudo à execução, cabendo à convergência de normas materiais e processuais estabelecer o tratamento adequado à matéria.⁶ Tome-se como exemplo o Enunciado 375 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual dispõe que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

É necessária, ainda, uma segunda advertência. Não se pode concluir que em todos os casos o terceiro adquirente de boa-fé ostentará a posição de mero *possuidor* do bem imobiliário sobre o qual recairá a disputa acerca da *titularidade*. Embora sabido que nem toda interação entre o sujeito e a coisa se mantém instrumentalizada pelo título, em muitos casos o conflito acabará por se restringir aos limites da titularidade, propriamente.

De toda forma, a solução jurídica se mostra um tanto quanto complexa quando se põe, lado a lado, o artigo 1.247 do CC (e seu respectivo parágrafo) e o artigo 54 da Lei n. 13.097/2015, sobretudo diante da infinidade de situações concretas que despontam da vida cotidiana. Tais dispositivos legais chegam a

6 “A fraude à execução é manobra do devedor que causa dano não apenas ao credor (como na fraude pauliana), mas também à atividade jurisdicional executiva [...]. Por frustrar a atividade executiva, de forma acintosa, é combatida com contundência pelo legislador, que considera a alienação/onerção fraudulenta do bem pelo devedor para terceiro ineficaz para o exequente (CPC, art. 792, § 1º), sem necessidade de ação própria para neutralizar a eficácia do ato fraudulento. O ato fraudulento, embora válido e eficaz para o devedor alienante e terceiro adquirente, não é oponível ao credor exequente; é ineficaz para ele e para a execução (CPC, 792, § 1º), que, ainda assim, pode recair sobre o bem transferido/onerado fraudulentamente. O bem, agora pertencente ao terceiro adquirente, responderá pela execução” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei n. 13.097/2015 e o CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 23, p. 310-330, jul./dez. 2018. p. 312).

aparentar que nem sequer são congruentes e compatíveis entre si,⁷ visto que, no primeiro caso, há autorização ao proprietário para que reivindique a propriedade imobiliária, cancelado o registro, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente, e, no segundo caso, há determinação de que não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, bem como há determinação de que os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registrados ou averbados na matrícula do imóvel.

No entanto, ao invés de divergirem, os comandos legais reenviam ao mesmo fio condutor de outrora: à congregação, à concentração⁸ e ao efeito saneador do registro no que tange às diligências necessárias (enquanto externalização da titularidade como conduta obrigacional, derivada de vínculo intersubjetivo) à conservação ou à aspiração deste *estado de titularidade*. A determinação do artigo 54, parágrafo primeiro, da Lei n. 13.097/2015 não permite outra interpretação.

A diligência que se espera daquele que ostenta boa-fé sempre deverá tender a favor do princípio da concentração, seja como agente que se valerá do acompanhamento dominial da matrícula do bem para se prover de informações substanciais a respeito da coisa imóvel, seja como agente que buscará implementar averbações e transmissões imobiliárias.⁹

Pelo dispositivo legal acima referido, a matrícula deverá passar a espelhar a situação real do bem imóvel e de seus titulares. Para tanto, valer-se-á da possibilidade de averbação de toda e qualquer ação que possa afetar o bem imóvel registrado (nos termos do artigo 54, incisos I a IV, da Lei n. 13.097/2015).¹⁰ Portanto, na esteira do que se afirma acerca das obrigações adjacentes à titularidade, é relevante compreender a “inoponibilidade” como espécie de decorrência que se atribui ao

7 “O art. 1.247, parágrafo único, não conferiu nenhum tratamento privilegiado ao terceiro adquirente de boa-fé, contudo, em face do art. 54, parágrafo único, da Lei 13.097/2015 conclui-se pela mudança de paradigma de nosso sistema. [...] a orientação tomada pela doutrina e jurisprudência pátria pautou-se no entendimento de que o Código Civil absorveu o princípio da presunção de veracidade do registro, com origem no § 891 do BGB, mas não adotou o princípio da fé pública, estampado no § 892” (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código civil comentado: com jurisprudência selecionada e enunciados das Jornadas do STJ sobre o Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. RL-1.178).

8 KERN, Marinho Dembinski. Princípio da fé pública registral e princípio da concentração. In: KERN, Marinho Dembinski; COSTA JR., Francisco José de Almeida Prado Ferraz. *Princípios do registro de imóveis brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 2. E-book. Capítulo 12.

9 Fala-se quase que em um retorno à inoponibilidade, significando que o “não inscrito” não afeta aquele que tenha obtido o registro em seu favor (TORRES, Marcelo Krug Fachin. Ônus e dever de publicizar à luz da boa-fé registral. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 82, p. 15-52, jan./jun. 2017. p. 27-29).

10 Interessante observar que as tendências advindas das vantagens da publicidade registral originaram a multiplicação de diversos modelos de registro que não somente o imobiliário, como por exemplo o registro da propriedade industrial, realizado junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (TORRES, Marcelo Krug Fachin. Ônus e dever de publicizar à luz da boa-fé registral. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 82, p. 15-52, jan./jun. 2017. p. 21).

sujeito do fato registrável, isto é, àquele que aspira à titularidade.

Assim, a proteção do terceiro de boa-fé diante do cancelamento do título de propriedade tem como ponto de partida e como ponto de chegada, ainda e sempre, o registro (ou, melhor dizendo, o espelho registral) da titularidade imobiliária, com suas respectivas anotações, prenotações, averbações e retificações.¹¹

Não se renuncia, com isso, à mobilidade e à dinamicidade adquiridas ao longo do tempo, visto que, por garantirem segurança ao tráfego dominial, o registro valerá como elemento balizador do exercício da autonomia privada, bem como garantirá segurança no exercício de posições jurídicas (inclusive de natureza processual). A fé pública registral é elemento imprescindível dentro desse espectro, atribuindo como norte o estabelecimento de um sistema de proteção acentuada aos direitos daqueles que contratam, adquirem, negociam, dão em garantia etc., confiando na informação contida na publicidade do registro.

Não se pode negar, contudo, que a regra da publicidade e da concentração teria alcance muito distinto caso se tivesse optado por proteger o titular “registral”.

Veja-se o seguinte exemplo. Na cadeia dominial, a titularidade de um imóvel X foi transmitida de A para B, por intermédio de um contrato de compra e venda. Mais adiante, B transmitiu a propriedade do imóvel para C, que procede nos termos da Lei n. 6.015/1973 e promove a transmissão do registro para seu nome. Ocorre que se vem a descobrir que A teve suas assinaturas falsificadas, de modo que foi em juízo requerer a anulação do negócio jurídico, bem como o cancelamento do registro em favor de B. Certamente C terá a sua titularidade impactada pela conduta de A. Então, o conflito se estabelecerá para determinar a prevalência da titularidade de A ou C, a qual se resolveria adotando-se as premissas estabelecidas neste texto, em favor de C.

Situação diversa seria aquela em que C não tivesse levado a cabo o registro de sua posição jurídica como adquirente. O prejuízo advindo da manutenção única e exclusiva do estado de posse do bem, sem que se promovesse o respectivo registro, colocaria o promitente comprador em situação de vulnerabilidade, sendo possível, ainda, que o domínio acabasse sendo transferido em duplicidade, o que resultaria na contraposição de dois terceiros de boa-fé. Neste caso, deverá

11 Em posição divergente: “Apesar dos intensos debates doutrinários provocados pelo tema, o novo Código Civil assumiu posição clara sobre a questão, pois prevalece o direito de propriedade do titular lesado em detrimento do terceiro embasado na *bona fides*. No caso de aquisição a *non domino*, o terceiro de boa-fé poderá excepcionar a regra do art. 1.247, parágrafo único, em duas situações. Uma delas refere-se à decretação da nulidade do negócio jurídico por simulação. Neste caso, a proteção ao terceiro de boa-fé é expressa nos termos do art. 167 § 2º: ‘Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado’. Mesmo que o negócio jurídico seja declarado nulo, a simulação não poderá ser oposta ao terceiro, para fins de reivindicação do bem. A segunda forma concentra-se na exceção de usucapião. O terceiro de boa-fé que adquire o imóvel a título oneroso, com transcrição no registro, poderá suscitar a usucapião ordinária em sua defesa” (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código civil comentado: com jurisprudência selecionada e enunciados das Jornadas do STJ sobre o Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. RL-1.178).

prevalecer aquele que confiou no sistema de transmissão legal da propriedade e na informação do registro.¹²

Cabe lembrar que nos casos em que se opuser ao cancelamento do título de propriedade a posição do terceiro possuidor de boa-fé, a usucapião tabular, prevista no artigo 214, parágrafo 5º, da Lei n. 6.015/1973 poderá servir para consolidar a favor do possuidor a aquisição originária da titulação do bem, sem que se aproveite a nulidade a favor do “antigo” titular.¹³

3 Considerações finais

O tráfego imobiliário requer segurança e estabilidade. Ainda que não se vislumbre a recepção de um modelo registral tabular, o exercício das titularidades, enquanto regime jurídico intersubjetivo e obrigacional, reclama o acréscimo de condutas integradas pela boa-fé, a fim de que se implementem condutas que garantam a cognoscibilidade acerca da situação das coisas, das pessoas e de seus eventuais gravames e restrições.

Isso significa que o atributo da estabilidade não deve ser levado a se opor ao resgate de sua vocação pela dinamicidade, visto que a concentração de atos, anotações, prenotações, averbações e afins, no registro, mais especificamente, na matrícula do imóvel, possui o escopo de suavizar as assimetrias quanto aos enfeixos dominiais, no tempo e no espaço, revelando, a partir do artigo 54, parágrafo primeiro, da Lei n. 13.097/2015, um tratamento jurídico em favor daquele que atuou conforme a boa-fé registral, excetuadas as hipóteses em que este mesmo tenha se valido de sua própria omissão.

12 “É certo que nosso sistema sublimou o papel da posse, o que pode ser comprovado pela leitura e aplicação das súmulas 84 e 308 do STJ. Isso não permite, todavia, que a posse possa contrapor uma realidade do registro sob pena de comprometer o efeito saneador do registro” (ARAÚJO, Fábio Caldas de. *O terceiro de boa-fé: proteção na aquisição de bens móveis e imóveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. Capítulo 4, item 4.4.1.1.)

“Esta situação corrobora o afirmado que a publicitação dos direitos é, essencialmente, um ônus ao legitimado, podendo fazer uso ou não da publicidade, embora deva ter a plena consciência que em não fazendo, seu direito não será oponível e, conseqüentemente, restará afastado dos benefícios que a publicidade registral imobiliária concede ao titular registral, pois embora tenha como finalidade a tutela precípua da segurança jurídica do comércio, não deixa de ser um importante instrumento para a segurança estática dos direitos. Vale destacar, utilizar ou não a publicidade registral é uma faculdade do legitimado, mas para que se obtenham efeitos substantivos e a tutela registral o registro é, nesse ponto, obrigatório. Por derradeiro, não há problema em não se registrar, problema há em se acreditar que esta situação estará juridicamente protegida ou, pior, problema há quando efetivamente se protege uma situação não inscrita frente a uma situação devidamente inscrita” (TORRES, Marcelo Krug Fachin. Ônus e dever de publicizar à luz da boa-fé registral. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 82, p. 15-52, jan./jun. 2017. p. 48).

13 A *Ratio* está igualmente presente na redação do Enunciado 84 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao determinar ser admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro (ARAÚJO, Fábio Caldas de. *O terceiro de boa-fé: proteção na aquisição de bens móveis e imóveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. Capítulo 6, item 6.6).

4 Referências

ARAÚJO, Fábio Caldas de. *O terceiro de boa-fé: proteção na aquisição de bens móveis e imóveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*.

ASSAD, Frederico Jorge Vaz de Figueiredo. Registro de imóveis eletrônico e governança fundiária. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 81, p. 215-233, jul./dez. 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei n. 13.097/2015 e o CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 23, p. 310-330, jul./dez. 2018.

KERN, Marinho Dembinski. Princípio da fé pública registral e princípio da concentração. In: KERN, Marinho Dembinski; COSTA JR., Francisco José de Almeida Prado Ferraz. *Princípios do registro de imóveis brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 2. *E-book*.

MALUF, Paulo José Leonesi. Registros públicos e notas eletrônicas: riscos e oportunidades na migração do acervo documental físico para o meio eletrônico. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 80, p. 125-142, jan./jun. 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código civil comentado: com jurisprudência selecionada e enunciados das Jornadas do STJ sobre o Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

REMEDIÓ, Antonio; AGUIAR, Marcos Vinícius Pacheco. A Lei n. 13.097/2015 e a efetivação do princípio da concentração no registro de imóveis. *Revista Direito & Paz*, Lorena, n. 37, p. 4-25, 2017.

REZENDE, Raquel Vieira Abrão. A sistemática registral imobiliária sob a perspectiva do princípio da publicidade registral. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 81, p. 101-132, jul./dez. 2016.

SCHREIBER, Anderson et al. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TORRES, Marcelo Krug Fachin. Ônus e dever de publicizar à luz da boa-fé registral. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 82, p. 15-52, jan./jun. 2017.

OS ALIMENTOS AVOENGOS DIANTE DO RECONHECIMENTO DA SOCIOAFETIVIDADE E DA MULTIPARENTALIDADE¹

Lucas Abreu Barroso
Daniella Gonçalves Stefanelli

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A afetividade como critério jurídico para a constituição e para o reconhecimento de relações familiares. 3 A rede de parentesco decorrente dos vínculos biológicos e afetivos. 4 O ônus alimentar avoengo no contexto da socioafetividade e da multiparentalidade. 5 Conclusões. 6 Referências.

1 Introdução

A modernidade perdurou de meados do século XVIII até meados do século XX e foi caracterizada pela intensa busca de uma unidade sistêmica e razão totalizadora, orientadas pelo ideal de emancipação universal. Não por outra razão, o paradigma jurídico da modernidade estava pautado por modelos teóricos lineares, rígidos e totalizadores, que se demonstraram insuficientes para compreender toda a dinamicidade, pluralidade e complexidade de uma sociedade que enfrentava o crescente desenvolvimento dos meios de produção, como também do conhecimento científico.²

Constatou-se um enorme distanciamento entre os modelos jurídicos e a realidade social, sobretudo considerando que o contexto descrito fomentou ou

1 Texto originalmente publicado em: BARROSO, L. A.; STEFANELLI, D. G. Os alimentos avoengos diante do reconhecimento da socioafetividade e da multiparentalidade. *In: DINIZ, Maria Helena (org.). Direito em debate*. São Paulo: Almedina, 2020. v. 2, p. 251-271.

2 AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. *In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 63.

evidenciou a formação de novos arranjos interpessoais e sociais, inclusive no âmbito das relações familiares. Como consequência, tornou-se necessária a revisão e a reestruturação da epistemologia jurídica,³ para restabelecer uma correlação mínima entre o direito e a sociedade; caso contrário, restariam negadas as funções primordiais do direito na contemporaneidade, de “decidir casos, justificar decisões e produzir normas”⁴.

Superado o paradigma da modernidade, o pensamento jurídico passou a ser orientado pelo constitucionalismo principiológico, concretizando uma nova teoria constitucional “preocupada com a consolidação e a garantia dos direitos humano-fundamentais”⁵ e que encampou a teoria dos princípios (agora revestidos de forma e força normativa)⁶ como discurso a densificar e assegurar os direitos previstos nos textos constitucionais, produzindo efeitos sobre todo o campo jurídico.

O direito civil pós-1988 experimentou a reconfiguração de seus três pilares, “em cujos vértices se assentam a estrutura do sistema privado clássico”⁷: os modos de apropriação, os contratos e as famílias. Entretanto, o anteprojeto do código civil de 2002 em muito antecedeu à redemocratização do País. Por essa razão, observados no contexto cultural e social, muitos direitos relativos às famílias receberam tratamento demasiado tímido ou nem sequer foram disciplinados, a exemplo da socioafetividade e da multiparentalidade.

Observa-se a ausência de regulamentação no que concerne à interferência na esfera jurídica de terceiros, alheios ao processo de formação dos vínculos parentais dessas naturezas, inclusive para imposição de alguns ônus legais. É justamente nesse ponto que se encontra o problema objeto do presente estudo, especificamente, o ônus alimentar avoengo decorrente da socioafetividade e da multiparentalidade, quando estas assim restarem configuradas, independentemente da preexistência da afetividade entre avós e netos.

A socioafetividade e a multiparentalidade serão abordadas envoltas nos obstáculos encontrados pelos tribunais pátrios e pela doutrina nacional para sua definição, como, também, para a fixação dos seus requisitos configuradores, diante das várias conformações familiares que a nova ordem constitucional permite, com vistas a melhor decotar a prestação alimentar pelos avós, aqui englobados os biológicos e os afetivos.

3 ARONE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: contorno metodológico do direito civil constitucional. *Revista de Propriedade Intelectual*, Aracaju, a. 2, n. 3, p. 153-184, jun. 2013. p. 154.

4 BARROSO, Lucas Abreu. Para além do positivismo jurídico: a metodologia jurisprudencialista de A. Castanheira Neves. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, Maceió, v. 6, n. 1, p. 61-68, 2015. p. 64.

5 HOFFMAM, Fernando; CAVALHEIRO, Larissa Nunes; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O constitucionalismo principiológico como condição de possibilidade para a concretização dos direitos humano-fundamentais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 6, n. 1, p. 101-119, abr. 2011. p. 110.

6 FIUZA, César. Diretrizes hermenêuticas do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e dignidade humana: V congresso brasileiro de direito de família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 235.

7 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 13-14.

Cumpra esclarecer que as relações parentais pautadas pela adoção não compõem este estudo, porque, além de contar com tutela jurídica específica, a constituição do vínculo entre adotante e adotado enseja o desligamento de toda e qualquer conexão deste para com seus parentes consanguíneos (biológicos), “salvo para efeito de impedimento matrimonial”⁸, hipótese que, de regra, exclui a multiparentalidade.

2 A afetividade⁹ como critério jurídico para a constituição e para o reconhecimento de relações familiares

Oportunizado pelo constitucionalismo democrático pós-1988, o critério jurídico da afetividade trouxe outras possibilidades para a constituição e para o reconhecimento de relações familiares, porquanto representativo do exercício do afeto objetivamente verificável em situações existenciais intersubjetivas,¹⁰ ensejando novas modalidades de parentesco civil.

Antes da promulgação da vigente Constituição, a família era matrimonializada, patrimonializada e hierarquizada. O rompimento com esses arquétipos viabilizou a compreensão da família como uma “verdadeira comunidade de afeto, para que o indivíduo venha a obter plena realização da sua dignidade enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, o carinho, o amor e a ajuda mútua”¹¹.

Os vínculos e as estruturas familiares são as melhores amostras do dinamismo social que qualifica a contemporaneidade, visto que a família, “organização social essencial à base do sistema”¹², fica exposta e suscetível às mutabilidades das relações interpessoais. Tal afirmação é corroborada pelo caráter histórico e relativo do seu próprio conceito, que, por sua vez, não comporta definições peremptórias e absolutas.¹³

Com efeito, o art. 1.593 do código civil recepcionou noção mais abrangente de parentesco civil, proveniente de qualquer origem, não apenas da consanguinidade,

8 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5. p. 411.

9 Este estudo, contrariamente à doutrina familiarista majoritária, não trabalha com a noção de afeto, mas de afetividade, haja vista consistir o afeto em “sentimento anímico de aspecto subjetivo (inapreensível de forma direta pelo Direito)”, enquanto a afetividade consubstancia “atividade exteriorizadora do afeto; conjunto de atos concretos representativos de um dado sentimento afetivo por outrem (esses atos concretos são captáveis pelo Direito, pelos seus meios usuais de prova)” (CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book. p. 152).

10 CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book. p. 152.

11 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119.

12 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 14.

13 AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 176.

como a união estável, o matrimônio, a adoção e outras, pressupondo a afetividade.¹⁴ Nessa conjuntura, a relação de parentesco pode estar firmada biologicamente ou afetivamente; esses fatores não são excludentes entre si, embora não guardem dependência, o que importa dizer que os critérios sanguíneo e afetivo podem coexistir em um mesmo vínculo de parentesco e que a ausência de qualquer deles não impede a conservação do laço familiar pelo outro.

Idêntico raciocínio aplica-se para questões referentes à parentalidade, considerando que a filiação biológica não encerra, automática e necessariamente, sentimentos entre filhos e pais, como a filiação socioafetiva não reclama identidade do tronco ancestral entre ambos.¹⁵ A partir dessa ideia, o Enunciado n. 256 do Conselho da Justiça Federal propõe: “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade [autônoma] de parentesco civil”.

O tema aparenta simplicidade, mormente quando se sabe que a parentalidade biológica advém das semelhanças gênicas entre os ascendentes e os descendentes, imprescindível à manutenção da vida humana, porquanto a parentalidade socioafetiva resulta de atos de vontade,¹⁶ cujo critério estrutural é a afetividade.¹⁷ Porém, a afetividade, por si só, não é suficiente para que o laço parental reste configurado, sendo a legislação omissa acerca dos requisitos para tanto.

Diante disso, a doutrina e a jurisprudência, objetivando aproximar os ditames normativos e as demandas sociais, como, também, buscando conferir novas dimensões para o direito das famílias, a fim de amenizar os efeitos negativos da inércia legislativa, debruçaram-se sobre o problema, o que resultou na fixação dos pressupostos para a filiação afetiva.

Antônio Cezar Quevedo Goulart Filho, ao defender que a investigação jurídica do afeto somente é possível na esfera objetiva,¹⁸ mediante a exteriorização de comportamentos capazes de expressar sentimentos relativos a outrem, consubstanciando, assim, a afetividade,¹⁹ assevera de maneira categórica que:

Em todas as relações de família, conjugalidade e parentesco, se faz presente a afetividade enquanto princípio jurídico deontológico [criador de deveres jurídicos]. Aqui importa dizer que não deve a afetividade ser confundida com amor [...] Não há um dever de amor, pois a amar não se pode ser compelido pelo direito, mas há um dever de cuidado, que significa ‘garantir

14 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 411.

15 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 409-411.

16 NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: família e sucessões*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 4, p. 405.

17 CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*. Capítulo 1. Item 1.3. p. 25.

18 GOULART FILHO, Antônio Cezar Quevedo. *Relação avoenga: apreensão jurídica e expressão eficaz na senda das vulnerabilidades*. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 22-23.

19 CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*. p. 152.

às crianças e aos adolescentes [como aos demais membros] condições de desenvolvimento físico e emocional adequado, que lhes permita, inclusive, o sentimento de fazer parte de uma família’.²⁰

Esse entendimento já havia sido exposto pela Ministra Nancy Andrighi na relatoria do Recurso Especial n. 1.159.242/SP, oportunidade em que aduziu que “o amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião”²¹. Por essa razão, coloca o cuidado, percebido como um valor jurídico, cujo cumprimento pode ser verificado e comprovado objetivamente, como cerne da análise e da discussão de questões concernentes à parentalidade e à afetividade, pois, segundo ela, “amar é faculdade, cuidar é dever”²².

Nesse diapasão, para o reconhecimento do vínculo parental socioafetivo é necessário, para além do elo afetivo propriamente dito, o comportamento social típico de pais e de filhos, assim como a convivência familiar duradoura, consoante Paulo Lôbo.²³ O laço de afetividade e o tempo de convivência também são considerados por Christiano Cassettari²⁴, que considera, ainda, a solidez do vínculo afetivo em cada caso concreto.

Por sua vez, quando da análise da Repercussão Geral n. 622, decorrente do julgamento do Recurso Extraordinário n. 898.060/SC,²⁵ o Supremo Tribunal Federal confirmou que já vinha sendo reconhecida a posse do estado de filho; portanto, vínculo parental socioafetivo “em favor daquele [que] utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse de reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*)”²⁶, evidenciando, assim, certa semelhança e homogeneidade no trato do tema pela doutrina e pela jurisprudência, a despeito de sutis distinções terminológicas, como ora observado.²⁷

20 GOULART FILHO, Antônio Cezar Quevedo. *Relação avoenga*: apreensão jurídica e expressão eficaz na senda das vulnerabilidades. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 22-23 e 96.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. 3. T. Relatora: Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 10 maio 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF. Acesso em: 24 maio 2020.

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. 3. T. Relatora: Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 10 maio 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF. Acesso em: 24 maio 2020.

23 LÔBO, Paulo. *Direito civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5, p. 231-233.

24 CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. E-book. Capítulo 1. Item 1.4. *passim*.

25 Ver a ementa completa no Anexo A.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SC. Relator: Min. Luiz Fux j. 29/09/2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 30 set. 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=209&dataPublicacaoDj=30/09/2016&incidente=4803092&codCapitulo=2&numMateria=29&codMateria=4>. Acesso em: 20 maio 2020.

27 Embora muito se tenha falado a respeito do laço afetivo, todos os requisitos têm igual relevância, posto que cumulativos.

Tomando por empréstimo a nomenclatura utilizada por Paulo Lôbo, o comportamento social típico de pais e de filhos pode ser sintetizado como percepção social do caráter filial da relação entre as partes que figuram em um vínculo afetivo, a partir de condutas objetivas e subjetivas comuns a todo elo parental.²⁸ O mencionado jurista indica a *nominatio*, a *tractatio* e a *reputatio*, adotadas pela Suprema Corte, como possíveis desdobramentos daquele requisito.

Aqui, mister destacar o cuidado,²⁹ valor jurídico que atua para “informar a melhor interpretação de quais direitos ou deveres jurídicos decorrem”³⁰ do critério jurídico da afetividade, norteando as condutas a serem seguidas no bojo das relações familiares.

Noutro giro, a convivência familiar duradoura nada mais é que a consolidação de um comportamento social de pais e de filhos, a propiciar a formação de uma entidade familiar juridicamente reconhecida. Não há lapso temporal previsto na legislação para a convivência, basta que permita identificar “laços familiares efetivos e não apenas relações afetivas”³¹.

Uma vez preenchidos os pressupostos, estará configurada a posse do estado de filho, com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, ante o art. 1.605, II, do código civil, que ao tratar a existência de presunções veementes “resultantes de fatos já certos”, como prova da filiação em caso de falta ou de defeito do termo de nascimento, abarca esse estado como um fato gerador da parentalidade em estudo, apesar de inexistir previsão legal nesse sentido.

A doutrina e a jurisprudência denotam, ainda que implicitamente, a dispensabilidade da *nominatio* para a constatação do fenômeno em tela, sobremodo ante a paternidade socioafetiva, independentemente da sua declaração em registro público, conforme a tese fixada na Repercussão Geral n. 622, posição que parece ser a mais acertada. Caso contrário, todo vínculo parental socioafetivo se convolaria em adoção formal, o

28 LÔBO, Paulo. *Direito civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5, p. 231-232.

29 Consiste em uma das formas de manifestação da afetividade, senão a principal delas. O cuidado atua tanto na configuração, quanto na definição dos deveres jurídicos de cada sujeito nas relações familiares. Para a doutrina, “cuidado é, acima de tudo, uma postura ética diversa. Um modo-de-ser-no-mundo diferente do padrão de comportamento que a humanidade vem adotando nos últimos séculos. Diferente do modo-de-ser-trabalho, que objetifica e subjugua tudo ao nosso redor, para colocar aos interesses pessoais e coletivos, o modo-de-ser-cuidado adota uma noção de con-vivência, de inter-ação e de comunhão, que valoriza a natureza, o outro ser humano e a si mesmo não pelo que podem ter de utilidade, mas pelo valor intrínseco que têm. É a compreensão de que só se pode ser humano enquanto não se desoreza [sic] a dimensão da *pathos*, do sentimento, em prol do *logos*, da razão, e o cuidado se insere nesta lógica própria do coração que é a emoção humana. [...] Quando se trata de afetividade nas relações de família, busca-se o reconhecimento do caráter normativo de deveres pautados em condutas que, se esperaria, a família mantivesse espontaneamente. A dimensão deontológica jurídica, então, tem lugar, a partir do substrato afetivo que se imprimiu ao modelo jurídico do ser em família” (GOULART FILHO, Antônio Cezar Quevedo. *Relação avoenga: apreensão jurídica e expressão eficaz na senda das vulnerabilidades*. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 69-70).

30 GOULART FILHO, Antônio Cezar Quevedo. *Relação avoenga: apreensão jurídica e expressão eficaz na senda das vulnerabilidades*. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 70.

31 LÔBO, Paulo. *Direito civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5, p. 232.

que obstaria e negaria tutela jurídica às relações parentais afetivas não registrais.

Com substrato nesse arcabouço teórico, constata-se que, apesar de a lei ser tímida quanto ao tema, aparentando até certa exclusão dos filhos socioafetivos pela dicção do art. 1.596 do código civil, por mencionar apenas os filhos biológicos, havidos ou não na relação matrimonial, bem como os adotivos, frutos do estabelecimento de um vínculo civil, o fato é que a parentalidade socioafetiva tornou-se uma realidade amplamente admitida pelo direito brasileiro.

3 A rede de parentesco decorrente dos vínculos biológicos e afetivos

O quanto posto até o momento permite asseverar que o art. 1.593 do código civil abrange, entre outras modalidades, os parentescos consanguíneo e socioafetivo, este como uma espécie de parentesco civil,³² com todos os efeitos que são próprios das relações de filiação. Somado a isso, observa-se a diferença de fatores fundantes dos laços de parentalidade, os quais, como abordado, não necessariamente se concentram numa mesma pessoa; aliás, a dissociação dos vínculos sanguíneo e afetivo é tema bastante comum na jurisprudência dos tribunais superiores.

Isso porque a formação do laço parental socioafetivo com pessoa diversa do genitor biológico, com exceção das hipóteses de adoção regularizada, tem, por consequência, a dupla parentalidade, isto é, a coexistência entre a filiação biológica e a filiação afetiva. Desse modo, uma mesma pessoa passa a ter dois pais, duas mães, duas famílias.³³

Esse cenário levantou dúvidas a respeito da concomitância ou da prevalência entre os vínculos, tendo a doutrina se posicionado a favor da primeira, com respaldo no princípio da igualdade entre as filiações, a teor do art. 227, § 6º, da Constituição.³⁴

Tal corrente encontra assento na teoria tridimensional do direito de família, para a qual a condição humana cumula as dimensões genética, afetiva e ontológica, impondo a outorga dos efeitos jurídicos das paternidades biológica e afetiva à pessoa. Para Belmiro Pedro Welter, “a compreensão do ser humano não é efetivada somente pelo comportamento com o mundo das coisas (mundo genético), mas, também, pelo modo de ser-em-família e sociedade (mundo desafetivo) e pelo próprio modo de relacionar consigo mesmo (mundo ontológico)”³⁵.

32 CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book. p. 58.

33 CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book. p. 212.

34 CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. E-book. Capítulo 3. Item 3.4. *passim*.

35 WELTER, Belmiro Pedro. Teoria tridimensional no direito de família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 62, p. 9-25, nov. 2008/abr. 2009. p. 19.

Destarte, todas as dimensões precisam ser satisfeitas, pois diretamente relacionadas a uma contínua formação da existencialidade humana. As paternidades genética e afetiva, ainda que não representadas na mesma pessoa, não são excludentes entre si, devendo ser conciliadas.

Ocorre que a falta de disciplinamento jurídico dessas realidades acarreta diversos problemas práticos, o que provocou a manifestação do Supremo Tribunal Federal por meio da Repercussão Geral n. 622, proveniente do Recurso Extraordinário n. 898.060/SC: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios”.

O julgamento visava decidir se os deveres legais, impostos para a parentalidade biológica, foram supridos/afastados pela filiação socioafetiva que se desenvolveu de forma paralela com terceira pessoa, o que foi negado. Nesta oportunidade, a Suprema Corte, amparada na dignidade da pessoa humana, na busca da felicidade, na igualdade entre as filiações e na paternidade responsável, posicionou-se a favor da concomitância dos vínculos consanguíneo e afetivo, dando ensejo à multiparentalidade.

Entre os vários argumentos debatidos, vale trazer à colação a impossibilidade da redução das realidades familiares aos modelos previamente estabelecidos. O texto constitucional vigente preza pela atipicidade do conceito e da conformação das entidades familiares, porquanto instrumentos de realização plena da personalidade.³⁶

Com efeito, o acolhimento dos vínculos biológico e afetivo é medida que se impõe, “quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos”³⁷, a ser aferido *in concreto* pelo julgador,³⁸ por não haver, até o momento, normativa jurídica regulamentando no seu todo a multiparentalidade. Assim concluiu a Suprema Corte:

Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).³⁹

36 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo*: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SC. Relator: Min. Luiz Fux j. 29/09/2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 30 set. 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=209&dataPublicacaoDj=30/09/2016&incidente=4803092&codCapitulo=2&numMateria=29&codMateria=4>. Acesso em: 20 maio 2020.

38 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5, p. 232.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SC. Relator: Min. Luiz Fux j. 29/09/2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 30 set. 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=209&dataPublicacaoDj=30/09/2016&incidente=4803092&codCapitulo=2&numMateria=29&codMateria=4>. Acesso em: 20 maio 2020.

A decisão, acima parcialmente ementada, deu significação jurídica para a afetividade e para a multiparentalidade, mesmo diante da ausência de um regramento legal que lhes ofereça contornos próprios.⁴⁰ À vista disto, os efeitos e as regras gerais, relativos ao direito das famílias, devem incidir sobre os casos em que configuradas a socioafetividade e a multiparentalidade.

O entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça prenuncia conclusões alinhadas com o tema central deste estudo, a saber: a viabilidade da concomitância dos laços parentais biológicos e afetivos; logo, é admitida a multiparentalidade no direito pátrio. Entretanto, seu reconhecimento deve ser orientado pela análise casuística⁴¹ do melhor interesse da criança (ou do descendente), razão pela qual a prevalência de um vínculo sobre o outro pode ser, apenas excepcionalmente, autorizada mediante processo judicial.

Não há, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, justificativas prévias para que um vínculo parental se sobreponha ao outro, impedindo, dessa maneira, a indicação de um padrão para essas circunstâncias. A manutenção dos efeitos jurídicos de apenas um desses vínculos é sustentada em julgados mais antigos, que prezavam pela prevalência das relações de filiação explicitadas nos registros de nascimento, tendo sido prolatados anteriormente à manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema na Repercussão Geral n. 622.

4 O ônus alimentar avoengo no contexto da socioafetividade e da multiparentalidade

Em poucas palavras, a prestação alimentar é composta por “tudo aquilo de que alguém necessita para sobreviver”⁴², cuja finalidade é garantir o sustento àquele que não possui meios ou condições para prover sua própria manutenção. O instituto encontra respaldo nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar,⁴³ com tratamento infraconstitucional ancorado no disposto pelo art. 1.694 e ss. do código civil.

Por determinação do art. 1.694 e do art. 1.696, ambos do código civil, a obrigação alimentar contempla os parentes, os cônjuges e os companheiros.

40 CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book. p. 212 e 223.

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.674.849/RS. 3. T. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/04/2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 23 abr. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1698834&num_registro=201602213860&data=20180423&formato=PDF. Acesso em: 20 maio 2020.

42 NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: família e sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 4, p. 501.

43 LÔBO, Paulo. *Direito civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5, p. 384.

Contudo, nas relações parentais, guarda a peculiaridade da reciprocidade entre pais e filhos, sendo “extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros”.

Desse modo, quando os genitores não dispuserem de recursos suficientes para oferecer o mínimo existencial para sua prole, esta tem a faculdade de expandir o ônus alimentar em desfavor dos avós, tanto paternos quanto maternos, por se tratar de descendentes e ascendentes, nesta ordem, atraindo a incidência do previsto no art. 1.696 do código civil.

Assim, não restam dúvidas acerca da obrigação alimentar dos avós com relação aos netos, ainda que de forma subsidiária, complementar e sucessiva,⁴⁴ porque a ordem de preferência trazida pela legislação civil não faculta a exclusão da obrigação alimentar dos parentes mais remotos, somente fixando a sequência a ser seguida quando de sua imposição, segundo a proximidade entre alimentante e alimentando. Isso “não impede que sejam chamados dois ou mais parentes para prestarem alimentos, desde que obedecidos os graus da ordem”⁴⁵.

A situação jurídica dos avós é tranquilamente captada na parentalidade consanguínea, porém parece demasiado abstrata no contexto da socioafetividade e da multiparentalidade, muito em razão do papel exercido pela autonomia privada na constituição e no reconhecimento do vínculo parental afetivo.

Na lição de Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior, a manifestação da vontade livre torna possível a formação do parentesco civil nos moldes da filiação socioafetiva. Para esses autores, a posse do estado de filho, *in casu*, pressupõe uma reciprocidade entre as partes envolvidas: é preciso que o pai e/ou a mãe reconheça(m) a existência de um laço substanciado na afetividade, com aptidão para deflagrar uma filiação não imposta por lei ou por origem biológica; igualmente, o filho deve identificar-se como tal, independentemente da existência de registros formais de parentalidade.⁴⁶

Uma vez constituída a relação filial afetiva, terá esta aptidão para produzir todos os efeitos jurídicos próprios da filiação, extensíveis a terceiros, até mesmo com a imposição de obrigações para aqueles que não participaram da formação do vínculo familiar. Isso ocorre em razão da idoneidade da afetividade para estabelecer uma rede de parentesco, tal qual o vínculo biológico, permeada por direitos e deveres que se prolongam para os demais parentes, indiferentemente, por não haver hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre a filiação consanguínea e

44 CAMPOS, Gustavo de Castro. *Alimentos avoengos*. 2015. 63 f. TCC (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 12.

45 CAMPOS, Gustavo de Castro. *Alimentos avoengos*. 2015. 63 f. TCC (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 22

46 NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: família e sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 4, p. 405.

a afetiva,⁴⁷ como restou sedimentado na Repercussão Geral n. 622.

Cumprе ressaltar que a autonomia privada deve ser examinada tão somente para averiguar a conformação do vínculo parental socioafetivo, isto é, entre os pais e os filhos, não subsistindo fundamentos para ser perscrutada em relações com os demais parentes. Isso porque aos terceiros não incumbe a negativa do vínculo socioafetivo ou da relação multiparental,⁴⁸ visando exonerar-se das obrigações e dos deveres familiares legalmente impostos. Posicionamento em sentido diverso desafiaria a isonomia e a lealdade que devem respaldar e orientar todas as relações interpessoais, sem exceção, principalmente as de caráter familiar.

Cabe apontar que se o vínculo socioafetivo não pode servir de escusa para os parentes biológicos omitirem-se de suas responsabilidades familiares, igualmente o vínculo biológico não pode servir de justificativa para os parentes socioafetivos relegarem suas responsabilidades familiares, considerando o princípio da solidariedade familiar.

Não é demais dizer que os avós socioafetivos até podem escolher os netos que serão contemplados com o seu amor e afeto, mas não têm liberdade para definir as circunstâncias em que os efeitos jurídicos próprios das relações familiares os attingirão, visto que as obrigações inerentes ao direito das famílias aplicam-se extensivamente nas hipóteses de parentesco socioafetivo.

Com Maurício Requião é possível concluir que a questão conduz à hipótese de limitação relacional da autonomia privada dos avós socioafetivos, embora específica, estabelecida a partir da principiologia constitucional, com o objetivo único de proteger os interesses pessoais de terceiro que poderia ser atingido por eventual negativa da afetividade, o neto, a despeito da inexistência de relação prévia entre ambos.⁴⁹

Assim, parece correto afirmar que a prestação alimentar também é devida no contexto de reconhecimento da socioafetividade e da multiparentalidade, por qualquer das pessoas listadas no art. 1.694 e no art. 1.696, ambos do código civil, dentre elas, os avós.

Em sentido oposto, além de afrontar diretrizes constitucionais e legais, qualquer entendimento poderá privar o neto da fruição integral da dimensão existencial material dos alimentos, assim como poderá recair no equívoco de sugerir certa hierarquia entre a parentalidade biológica e a afetiva.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SC. Relator: Min. Luiz Fux j. 29/09/2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 30 set. 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diario-Justica/verDiarioProcesso.asp?numDj=209&dataPublicacaoDj=30/09/2016&incidente=4803092&codCapitulo=2&numMateria=29&codMateria=4>. Acesso em: 20 maio 2020.

48 NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: família e sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 4, p. 409-410.

49 REQUIÃO, Maurício. Autonomias e suas limitações. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 60, p. 85-96, dez. 2014. p. 90.

Os vínculos consanguíneos, decorrentes de causa biológica, prescindem da vontade de parentes outros que não os genitores. Dessa forma, os avós biológicos, assim o são como resultado da escolha de seus descendentes, que desencadeou na prole. Ainda que a contragosto, os avós biológicos estão submetidos a todo um regramento legal que tutela a família, o qual abarca o dever de prestar alimentos aos netos, entre outras responsabilidades que lhes são postas, extensíveis ao contexto da afetividade.

Não é demais lembrar que o constitucionalismo principiológico promoveu a releitura da família que, desde então, tornou-se um “centro de promoção da dignidade humana; da dignidade dos filhos, cujo tratamento partirá dos princípios da igualdade, do melhor interesse do menor e do filiocentrismo”⁵⁰, entre outros. Em assim sendo, o ônus alimentar avoengo deve ser interpretado à luz da hermenêutica constitucional, com vistas a mitigar o princípio da autonomia privada e o minimalismo no direito das famílias, em proveito da promoção dos direitos e das garantias fundamentais da pessoa do neto, como viver com dignidade, dispondo de um mínimo existencial, sobretudo quando não conseguir provê-lo por si próprio.

Ademais, o sustento material e imaterial é imposto pela solidariedade familiar, que “assume um caráter de dever ser, gerando deveres jurídicos”⁵¹. Tratando o tema a partir da solidariedade intergeracional e do dever de cuidado, Antônio Cezar Quevedo Goulart Filho coloca a obrigação alimentar entre as inúmeras regras e os diversos institutos que decorrem da solidariedade, obrigando os ascendentes e os descendentes a cuidarem uns dos outros, reciprocamente.⁵²

Para o citado autor, o valor jurídico do cuidado impõe um *modo-de-ser-cuidado em família* que compreende “uma série de obrigações entre avós, pais e netos no tocante à relação avoenga”⁵³, a qual deve ser orientada por comportamentos objetivos, ainda que praticados por observância de determinação legal, quando ausente qualquer sentimento ou espontaneidade, ante a incidência da afetividade em seu caráter deontológico, com aptidão para impor, por si só, “determinados deveres jurídicos, como a prestação alimentar”⁵⁴, inclusive dos avós em favor dos netos.

50 FIÚZA, César. Diretrizes hermenêuticas do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e dignidade humana*: V congresso brasileiro de direito de família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 235.

51 GOULART FILHO, Antônio Cezar Quevedo. *Relação avoenga*: apreensão jurídica e expressão eficaz na senda das vulnerabilidades. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 66.

52 GOULART FILHO, Antônio Cezar Quevedo. *Relação avoenga*: apreensão jurídica e expressão eficaz na senda das vulnerabilidades. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 67-68 e 96.

53 GOULART FILHO, Antônio Cezar Quevedo. *Relação avoenga*: apreensão jurídica e expressão eficaz na senda das vulnerabilidades. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 67.

54 GOULART FILHO, Antônio Cezar Quevedo. *Relação avoenga*: apreensão jurídica e expressão eficaz na senda das vulnerabilidades. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 68.

Devidos os alimentos, de início, legítimos e congruos,⁵⁵ pelos avós, diante do reconhecimento da socioafetividade e da multiparentalidade, concretizando, assim, a solidariedade familiar como dever jurídico decorrente da solidariedade social, que subsiste em face de parentes, como os ascendentes,⁵⁶ a prestação alimentar, nos termos delineados pelo art. 1.694 e ss. do código civil, será orientada pelo trinômio: necessidade, possibilidade e razoabilidade.⁵⁷

Isso não significa dizer que as disposições do diploma civil sejam suficientes ou adequadas para efetivar a prestação alimentar no cenário da multiparentalidade. Mesmo porque, diante do número de avós de quem figura, simultaneamente, em relações consanguínea e afetiva, a causa de alimentos tende a atingir níveis mais complexos, o que pode dificultar a tutela jurisdicional. Os obstáculos eventualmente gerados pelas peculiaridades do caso *sub judice* deverão ser contornados pelo julgador, com o uso de instrumentos processuais que promovam a adequação do procedimento aos pedidos.

Por fim, os alimentos são devidos pelos avós, paternos e/ou maternos, biológicos e/ou socioafetivos, ainda que no contexto da multiparentalidade, dada a divisibilidade do ônus⁵⁸ que coobriga “todos os ascendentes de mesmo grau”⁵⁹, conforme as possibilidades demonstradas por cada um – em razão da incidência de princípios constitucionais como o melhor interesse da criança, a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre os filhos e a solidariedade familiar –, a prevalecer sobre o primado civilístico da autonomia privada, dada a sua indispensabilidade para a formação do vínculo familiar socioafetivo.

5 Conclusões

Este estudo dedicou-se à análise constitucional da família, com foco no ônus alimentar avoengo no contexto da socioafetividade e da multiparentalidade. Foram investigados os elos familiares socioafetivos e as estruturas familiares multiparentais, seguidos das análises geral e específica da prestação alimentar no direito brasileiro, o que permitiu concluir que os avós, sejam biológicos ou

55 GOULART FILHO, Antônio Cezar Quevedo. *Relação avoenga*: apreensão jurídica e expressão eficaz na senda das vulnerabilidades. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 152.

56 CAMPOS, Gustavo de Castro. *Alimentos avoengos*. 2015. 63 f. TCC (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 11.

57 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5, p. 388-390.

58 CAMPOS, Gustavo de Castro. *Alimentos avoengos*. 2015. 63 f. TCC (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 17.

59 GOULART FILHO, Antônio Cezar Quevedo. *Relação avoenga*: apreensão jurídica e expressão eficaz na senda das vulnerabilidades. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 158.

afetivos, têm obrigação alimentar para com os netos, com alicerce, entre outros, nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, do melhor interesse da criança, da solidariedade familiar.

Embora a vigente legislação seja omissa quanto aos novos arranjos familiares oriundos da dinâmica dos relacionamentos pessoais, a doutrina e a jurisprudência debruçaram-se sobre os efeitos jurídicos e as implicações práticas das famílias socioafetivas e multiparentais para apreender a complexidade dessas relações amplamente verificadas no cotidiano social.

A insuficiência legislativa foi suprida pela fixação de requisitos que permitem o adequado reconhecimento do parentesco socioafetivo, como o vínculo filial afetivo, o comportamento social típico de pais e filhos e a convivência familiar duradoura. Estes, quando verificados cumulativamente, *in concreto*, permitem a configuração da posse do estado de filho, manifestando socialmente e fundamentando juridicamente a filiação decorrente da afetividade.

De igual modo ocorre com a multiparentalidade. Apesar da inexistência de previsão legal, o Supremo Tribunal Federal, orientado pelas diretrizes do constitucionalismo principiológico e pelo processo hermenêutico constitucional, próprios do paradigma jurídico contemporâneo, posicionou-se favoravelmente à concomitância dos elos biológico e afetivo, ambos com aptidão para a produção dos efeitos jurídicos próprios das relações parentais, afastando qualquer hierarquização entre os vínculos.

Com efeito, tanto os efeitos jurídicos quanto os enunciados normativos que incidem sobre as relações parentais consanguíneas, amplamente reguladas pelo código civil, estendem-se à filiação socioafetiva e, por consequência, à multiparentalidade, inclusive o ônus alimentar avoengo, com fulcro no art. 1.694 e no art. 1.696 do código civil, a impor a obrigação aos avós biológicos, ainda que de forma subsidiária, complementar e sucessiva.

Concluir em sentido diverso importaria em violação aos princípios constitucionais que norteiam a matéria, sobretudo a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança. Por tratar-se de questão existencial, relacionada com a subsistência dos descendentes, tais princípios devem prevalecer sobre a autonomia privada, tendo em vista que esta tem maior amplitude quando da constituição do vínculo filial afetivo, não possuindo o condão de ilidir a rede de parentescos por ele formada, nem os direitos e os deveres dele decorrentes.

Sem adentrar as particularidades da socioafetividade e da multiparentalidade, a imposição do ônus alimentar aos avós afetivos assemelha-se ao ônus alimentar dos avós biológicos, porquanto esses assumirão as obrigações titularizadas por seus descendentes.

6 Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-77.

ARONE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: contorno metodológico do direito civil constitucional. *Revista de Propriedade Intelectual*, Aracaju, a. 2, n. 3, p. 153-184, jun. 2013.

BARROSO, Lucas Abreu. Para além do positivismo jurídico: a metodologia jurisprudencialista de A. Castanheira Neves. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, Maceió, v. 6, n. 1, p. 61-68, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. 3. T. Relatora: Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 10 maio 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF. Acesso em: 24 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.674.849/RS. 3. T. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/04/2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 23 abr. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1698834&num_registro=201602213860&data=20180423&formato=PDF. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SC. Relator: Min. Luiz Fux j. 29/09/2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília-DF, 30 set. 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=209&dataPublicacaoDj=30/09/2016&incidente=4803092&codCapitulo=2&numMateria=29&codMateria=4>. Acesso em: 20 maio 2020.

CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de

Janeiro: Forense, 2017. *E-book*.

CAMPOS, Gustavo de Castro. *Alimentos avoengos*. 2015. 63 f. TCC (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FIÚZA, César. Diretrizes hermenêuticas do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e dignidade humana: V congresso brasileiro de direito de família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 223-239.

GOULART FILHO, Antônio Cezar Quevedo. *Relação avoenga: apreensão jurídica e expressão eficaz na senda das vulnerabilidades*. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

HOFFMAM, Fernando; CAVALHEIRO, Larissa Nunes; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O constitucionalismo principiológico como condição de possibilidade para a concretização dos direitos humano-fundamentais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 6, n. 1, p. 101-119, abr. 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: família e sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 4.

REQUIÃO, Maurício. Autonomias e suas limitações. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 60, p. 85-96, dez. 2014.

WELTER, Belmiro Pedro. Teoria tridimensional no direito de família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 62, p. 9-25, nov. 2008/abr. 2009.

ANEXO A – Ementa do Recurso Extraordinário n. 898.060/SC

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da

felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI n.º 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o

melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.



SOBRE OS AUTORES

Lucas Abreu Barroso

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Professor de Direito Privado na Universidade Federal do Espírito Santo
Líder do Grupo de Pesquisa “O direito civil na pós-modernidade jurídica”
Advogado
E-mail: barroso_la@terra.com.br

Brigida Roldi Passamani

Mestra em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo
Pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Advogada
E-mail: brigidapassamani@gmail.com

Daniella Gonçalves Stefanelli

Mestra em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo
Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo
Advogada
E-mail: daniellagstefanelli@gmail.com

Karoline Tavares Vitali

Investigadora do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra
Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra
Mestra em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra
Advogada
E-mail: karoline.vitali@fd.uc.pt

Lorenzo Caser Mill

Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo
Especialista em Falência e Recuperação de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas
Advogado
E-mail: lorenzo.cm@hotmail.com

Lucas Rodrigues Lima

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo
Especialista em Direito Tributário pela Fucape Business School
Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio
Advogado
E-mail: lr_lima@outlook.com

Manuela Coutinho Costa

Mestra em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo
Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo
Servidora pública estadual comissionada
E-mail: manuccoutinho@hotmail.com

Maria Júlia Ferreira Mansur

Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo
Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo
Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo
E-mail: maju_mansur@hotmail.com

Pablo Malheiros da Cunha Frota

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná
Professor de Direito Civil e Processo Civil na Universidade Federal de Goiás
Advogado
E-mail: pablomalheiros07@gmail.com

Paulo Vitor Faria da Encarnação

Mestrando em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo

Advogado

E-mail: paulovitorfaria.enc@gmail.com

Sara Rodrigues Pereira Assis

Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo

Pós-graduada no Complexo de Ensino Renato Saraiva

Servidora pública federal comissionada

E-mail: sara.rpereira711@gmail.com



Direito Civil Prospectivo é o terceiro livro publicado pelo grupo de pesquisa “O direito civil na pós-modernidade jurídica”, que envolve docentes e discentes da graduação e da pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, sob a liderança do Prof. Dr. Lucas Abreu Barroso.

Antecederam-lhe os livros *Direito Civil na Pós-modernidade Jurídica* (1. ed. Curitiba: Juruá, 2019; 2. ed. Curitiba: Juruá, 2020) e *Derecho civil brasileiro contemporáneo* (1. ed. Curitiba: Juruá, 2019). Já na publicação inicial, o intuito era registrar em apenas uma fonte de consulta os resultados das investigações científicas realizadas acerca da civilística pelos membros do grupo de pesquisa, depois de completados cinco anos da sua formação. O livro destinado ao público da América Latina e Espanha consistiu na sua tradução, acrescida de seletos textos anteriores que se queria difundir junto aos acadêmicos e profissionais de língua espanhola.

A atual publicação renova o intuito de registrar em apenas uma fonte de consulta os resultados das investigações científicas realizadas acerca da civilística pelos membros do grupo de pesquisa, depois de completados dez anos da sua formação. Assim, cada um dos textos que a compõem foi compilado de um periódico ou livro coletivo anteriormente publicado no Brasil ou no exterior, tendo sua referência original indicada na nota de rodapé de abertura de cada capítulo.

Série RETALHOS – **Virgínia Colares**



Visite a página do grupo de pesquisa na internet:

<https://lab1971.wixsite.com/dcufes/inicio>