

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI

VOLUME 7, N. 2

ISSN 2317-918X
PERIÓDICO ACADÊMICO
SEMESTRAL. TERESINA - PI, V.7,
N. 2 JULHO / DEZEMBRO 2020.

ARQUIVO JURÍDICO
REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DO PIAUÍ

ISSN 2317-918X

Volume 7, Número 2
julho / dezembro 2020
Teresina-PI

ARQUIVO JURÍDICO
REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ

Volume 7, Número 2
julho / dezembro 2020
ISSN 2317-918X
Teresina-PI

EQUIPE EDITORIAL

Dr. Cleber de Deus Pereira da Silva, Universidade Federal do Piauí, UFPI, Brasil (Editor-chefe)

Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos, Universidade Federal do Piauí, Brasil

Dr. Sebastião Patrício Mendes da Costa, UFPI, Teresina, PI, Brasil

CONSELHO EDITORIAL

Dra. Adriana Castelo Branco de Siqueira, UFPI, Teresina, PI, Brasil

Dra. Adrianna de Alencar Setubal Santos, UFPI, Teresina, PI, Brasil

Dra. Alessandra Mizuta de Brito, ULBRA/RS, Canoas, RS, Brasil

Dr. Alvaro Filipe Oxley Rocha, PUC/RS, Porto Alegre, RS, Brasil

Dr. Alexandre Araújo Costa, Direito da Universidade de Brasília (UnB), Brasil

Dr. Alexandre Bernardino Costa, Universidade de Brasília, Brasil

Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Brasil

Ms. Caio Vinícius Sousa e Souza, Brasil

Dr. Carlos Alberto Molinaro, PUC/RS, Porto Alegre, RS, Brasil

Dr. Carlos Augusto Pires Brandão, UFPI, Teresina, PI, Brasil

Dra. Catarina Santos Botelho, Universidade Católica Portuguesa - UCP - Porto, Portugal, Portugal

Dra. Caterine Gonçalves Acioli, CESMAC/AL., Brasil

Dra. Deborah Dettmam Matos, UFPI, Teresina, PI, Brasil

Ms. Delano Carneiro da Cunha Câmara, UFPI, Teresina, PI, Brasil

Dr. Edilsom Pereira de Farias, UFPI, Teresina, PI, Brasil

Dr. Éfrem Paulo Porfírio de Sá Lima, UFPI, Teresina, PI, Brasil

Dr. Francisco Meton Marques de Lima, UFPI, Teresina, PI, Brasil

Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Brasil

Dr. Jorge Trindade, ULBRA, Brasil

Dra. Marcia Cristina de Souza Alvim, PUC/SP, São Paulo, SP, Brasil

Dr. Maria Sueli de Sousa, UFPI, Teresina, PI, Brasil

Dr. Menelick Carvalho Netto, UnB, Brasília, DF, Brasil

Ms. Newton Torres dos Santos Cruz, UNIFAP/AP, Macapá, AP, Brasil
Ms. Regina Coelli Batista de Moura Carvalho, UFPI, Teresina, PI, Brasil
Dr. Sebastião Patrício Mendes da Costa, UFPI, Teresina, PI, Brasil
Ms. Thiago Chaves Gaspar Bretas Lage, UFOP/MG, Ouro Preto, MG, Brasil
Presidente do Conselho Editorial
Dr. Francisco Meton Marques de Lima, UFPI, Teresina, PI, Brasil
Revisores Ad Hoc
Ms. Adrianna de Alencar Setubal Santos, UFPI, Teresina, PI, Brasil
Ms. Arthur Ramos do Nascimento, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, Brasil
Dra. Carolina de Albuquerque, Universidade Nove de Julho (Uninove), São paulo, SP, Brasil
Ms. Celito de Bona, Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Marechal Candido Rondon, PR, Brasil
Ms. Claudio Thiago Vieira Matta, Faculdades de Ciencia e Tecnologia de Unaí, Unaí, MG, Brasil
Dra. Deborah Dettmam Matos, UFPI, Teresina, PI, Brasil
Ms. Dimas Simões Franco Neto, Universidade do Estado do Mato Grosso, Caceres, MT, Brasil
Ms. Douglas Policarpo, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MT, Brasil
Dr. Edilsom Pereira de Farias, UFPI, Teresina, PI, Brasil
Dra. Elizabet Leal da Silva, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil
Dr. Fabio Lins de Lessa Carvalho, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil
Ms. Francele Moreira Marisc, Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, RO, Brasil
Dr. Gustavo de Souza Preussler, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, Brasil
Dr. Helder Baruffi, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, Brasil
Ms. Jamile Gonçalves Calissi, Faculdades Integradas de Jaú, Jaú, SP, Brasil
Dra. Marcia Cristina de Souza Alvim, PUC/SP, São Paulo, SP, Brasil
Dr. Maria Sueli de Sousa, UFPI, Teresina, PI, Brasil
Ms. Mariana Secorum Inácio, Centro Universitário Ritte dos Reis, Porto Alegre, RS, Brasil
Dr. Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil
Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos, Universidade Federal do Piauí, Brasil
Ms. Newton Torres dos Santos Cruz, UNIFAP/AP, Macapá, AP, Brasil
Ms. Oseias Amaral da Silva, Universidade do Estado do Mato Grosso, Caceres, MT, Brasil
Dr. Raul Lopes de Araújo Neto, Universidade Federal do Piaui, Teresina, PI, Brasil
Ms. Thiago Chaves Gaspar Bretas Lage, UFOP/MG, Ouro Preto, MG, Brasil
Ms. Victor de Almeida Conselvan, Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, RO, Brasil
Ms. Walesca Piovan Matinazzo, Universidade Federal do Mato Grosso, Dourados, MS, Brasil

SUMÁRIO

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	9
Arthur Pinheiro Basan	
Andressa Rodrigues Ferreira de Oliveira	
REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS RELACIONADOS À PLATAFORMA AIRBNB: PLATAFORMA E OS USUÁRIOS	31
Fabio Queiroz Pereira	
Giuliana Alves Ferreira de Rezende	
A EFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA NO COMBATE E PREVENÇÃO À ALIENAÇÃO PARENTAL	47
Lorena Alvarenga Costa	
A INFLUÊNCIA DA COVID-19 NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS	59
Elcio Nacur Rezende	
Ricardo Tadeu Dias Andrade	
COLLABORATIVE LAW: UMA RELEITURA NO TRATAMENTO DE LITÍGIOS FAMILIARES	73
Antonio Rafael Marchezan Ferreira	
Heloara Martins Brito	
Vinícius Bortoli Ramos	
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL BRASILEIRO E AMERICANO	91
Edith Maria Barbosa Ramos	
Pedro Trovão do Rosário	
Karla Cristiane Pereira Vale	
A IMPLEMENTAÇÃO JUDICIAL DA EDUCAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO E COMO POLÍTICA PÚBLICA	105
José Antônio Remédio	
Ramon Alonço	

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*THE CIVIL LIABILITY FOR AFFECTION ABANDONMENT IN THE LIGHT OF THE
JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR JUSTICE TRIBUNAL*

Arthur Pinheiro Basan

Professor adjunto da UniRV. Doutorado em Direito pela Unisinos. Mestrado pela UFU

Andressa Rodrigues Ferreira de Oliveira

Graduada em Direito na Universidade de Rio Verde

RESUMO: O presente texto visa analisar, por meio de pesquisa jurisprudencial, o reconhecimento da indenizabilidade do dano extrapatrimonial nas hipóteses de abandono afetivo. O tema é um dos assuntos mais controversos na seara civilista, seja pela utilização indiscriminada do termo ou frequente associação a sentimentos como o afeto, o amor ou o carinho, seja pela falta de amparo legal a respeito da matéria, proporcionando intenso debate doutrinário e jurisprudencial. A partir desse panorama, objetivou-se com a presente pesquisa identificar as razões centrais das decisões judiciais que ainda se opõem ao provimento das demandas de reparação civil pelo "abandono afetivo" nas relações paternas. Para tanto, inicialmente, a abordagem recaiu nas considerações sobre o instituto da responsabilidade civil e sua repercussão nas relações familiares. Posteriormente, foi possível identificar como o Superior Tribunal de Justiça trata a indenizabilidade do abandono afetivo nas relações paternas, especificando os direitos invocados e os fundamentos determinantes nos respectivos julgados que conduziram ao provimento ou não da pretensão recursal, possibilitando, assim, uma caracterização mais precisa das condutas ensejadoras do dano extrapatrimonial nestes casos. E justamente aqui, com esse detido exame jurisprudencial, por meio do procedimento indutivo, é que se permitiu classificar as diversas orientações seguidas pela Corte.

PALAVRAS-CHAVE: Afetividade. Responsabilidade civil. Família. Dano extrapatrimonial. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: The present text aims to analyze, by means of a jurisprudential research, the recognition of the indemnity of the extra-patrimonial damage in the hypotheses of affective abandonment. The subject is currently one of the most controversial issues in the civilista sector, either by the indiscriminate use of the term or frequent association with feelings such as love or affection, or by the lack of legal protection on the subject, providing intense debate doctrine and jurisprudential. From this perspective, this research aimed to identify the central reasons for the judicial decisions that still oppose the provision of civil reparation demands for "affective abandonment" in the paternal relations before the Superior Court of Justice. Initially, the approach was based on considerations about the institute of civil liability and its repercussion on family relations. Subsequently, it was possible to identify how the STJ treats the indemnity of affective abandonment in parental relations, specifying the rights invoked and the determinant foundations in the respective judgments that led to the provision or not of the recursal pretension, thus enabling a more precise characterization of the conduit behaviors of extra-patrimonial damage in parental relationships. And it is precisely here, with this detained jurisprudential examination, through the inductive procedure, that it was allowed to classify the various guidelines followed by the Court.

KEYWORDS: Affectivity. Civil responsibility. Family. Extra-financial damages. Jurisprudence. Superior Justice Tribunal.

Submetido em maio de 2020. Aprovado em dezembro de 2021.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao erigir a dignidade da pessoa humana como centro e horizonte da nova ordenação social, provocou extensas alterações no Direito das Famílias, tendo como destaque a proteção dos seus membros como instrumento da coexistencialidade, na medida em que a família deixa de ser concebida como base do Estado para ser o *locus* das realizações existenciais. Nessa linha, a prioridade absoluta dessa proteção é a pessoa dos filhos, enquanto sujeitos de direitos em desenvolvimento, isto é, pessoas em formação, em situação de vulnerabilidade, dignas de proteção ímpar do sistema jurídico.

Isso porque a nova tutela constitucional em nada se assemelha ao individualismo triunfante dos dois últimos séculos, em que via na família uma unidade econômica dirigida por um chefe (o pai), diferente da atual concepção de família como grupo social afetivamente vinculado. Em consequência, vê-se que as relações no espaço familiar transcendem a órbita da autonomia privada para ingressarem no âmbito do interesse público. Com efeito, uma vez que os filhos, representantes do futuro da sociedade, não possuem condições de defenderem seus direitos por si só, o Estado assume o encargo de tutelá-los em face de todos, inclusive de seus próprios genitores.

Tanto é assim que coube ao constituinte promover a plena equiparação e a proibição de discriminação dos filhos, desvinculando-os da situação jurídica dos pais, bem como, estabelecer como garantia a paternidade responsável. É indubitável, ainda, que essas tutelas decorram da própria cláusula geral do direito da personalidade, isto é, do direito de cada indivíduo ao respeito e à promoção da globalidade dos seus componentes enquanto ser humano.

Por outro lado, para que se possa exigir por parte dos demais sujeitos a prática ou a abstenção de determinado comportamento que ofenda ou ameace tais bens jurídicos da personalidade alheia, bem como, a satisfação pecuniária subsidiária ou não, é imprescindível que esses comportamentos sejam normativamente determinados. E é justamente aqui que o Direito das Famílias se encontra com o instituto da responsabilidade civil e, quiçá, com a problematização da indenizabilidade pelo denominado “abandono afetivo” nas relações paternos-filiais.

Neste ponto, relevante destacar que o abandono afetivo não se confunde com o fato do *locus* familiar ser pautado por sentimentos e afeições, até porque é nele que se configura a realização pessoal e a dignidade humana de seus membros, que assumem claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações.

Assim, sucumbe o argumento daqueles que denegam a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil no universo familiar, visto que o ofensor não responderá em razão do liame, biológico ou sociológico, existente entre eles, mas sim, pela lesão dos interesses juridicamente tutelados, quais sejam: os direitos à integridade física e psíquica amplamente protegidos no âmbito dos direitos da personalidade.

Ademais, é evidente que o limite à liberdade individual dos componentes de uma família situa-se também na proibição de causar danos a outrem, inclusive dos pais com relação aos filhos. Isso significa dizer que os ditames impostos aos genitores no exercício da paternidade responsável estão em prol da materialização da proteção e do pleno desenvolvimento da personalidade dos filhos, de tal sorte que a responsabilidade civil atuará como instrumento de repreensão àqueles comportamentos contrários ao império da lei.

Sendo assim, o que está a perquirir é a compreensão do conteúdo jurídico dos deveres inerentes ao exercício da paternidade positivados pelo ordenamento, posto que embora estejam inseridos com elementos de indefinição e de incerteza preliminares próprios dos sistemas abertos,

permite, todavia, pela sua vasta carga axiológica, conferir ao hermeneuta maleabilidade e versatilidade de aplicação a situações novas e complexas, tais como o abandono afetivo.

Nesse particular, a doutrina e a jurisprudência têm desempenhado um importante papel de readequação da norma à realidade social, abrindo os caminhos naturais de conciliação entre o texto escrito e a verdade axiológica, de tal sorte que determinar quais interesses merecem a tutela jurídica não é um desafio somente da atividade legislativa, que não consegue acompanhar *pari passu* das transformações, em especial no âmbito familiar, cabendo sobretudo à atividade judicante essa missão de manter o sistema jurídico diacrônico.

Nesta árdua valoração, deve-se admitir, talvez como simplificação útil, que aquele que viola o direito da prole de ser criada, educada, assistida, sustentada e guardada, atrai para si os rigores da norma. Se assim não fosse, prevaleceria a discricionariedade do genitor faltoso e não a força coatora pertencente ao monopólio do Estado de exigir o seu cumprimento, sob pena do seu próprio fim ser questionado.

Contudo, o que se vê nas demandas decorrentes do “abandono afetivo” é que a admissibilidade pela reparação civil nesses casos não é pacífica. Isso porque encontra-se de um lado os adeptos à indenizabilidade, utilizando como argumentos o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o princípio implícito da afetividade, bem como o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, e do outro aqueles que a negam pelo fato de que não há no ordenamento jurídico um dever de afetividade, sendo o acolhimento afetivo, portanto, desprovido de exigibilidade.

A temática se torna ainda mais delicada justamente pelo uso indiscriminado e pela ausência do rigor terminológico pelos operadores do direito das expressões de afeto, carinho, amor e afetividade, pois ora aparecem como sinônimas uma das outras, ora como significante de sentimento/emoção e ora como deveres jurídicos.

Diante desses tormentos coube ao Poder Judiciário encarar essa problemática tão singular das relações paternas, de modo que em 2005 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou o primeiro entendimento no sentido de que o instituto da responsabilidade civil não poderia ser aplicado no âmbito do Direito das Famílias. E, ampliando ainda mais a polêmica, em 2012, surgiu o primeiro posicionamento favorável à reparação civil nas hipóteses do denominado “abandono afetivo” pelo mesmo STJ.

Com efeito, analisando o posicionamento jurisprudencial da Corte, foi possível identificar um crescimento de casos análogos sendo apreciados. E justamente por isso, examinando os diversos julgados, surgiu a questão de compreender as razões centrais das decisões que ainda se opõem ao provimento das demandas de reparação civil pelo “abandono afetivo” nas relações paternas perante o STJ.

A partir deste problema, outros vieram à tona, quais sejam: qual o sentido conferido pelo STJ ao conteúdo dos deveres positivados aos pais no exercício da paternidade responsável, que no caso do seu descumprimento possa a vir gerar o dever de indenizar a prole? A jurisprudência do STJ está em consonância com o que a doutrina entende pelo interesse juridicamente protegido nas hipóteses do “abandono afetivo” nas relações paternas?

Para resolver tais problemáticas utilizou-se da abordagem indutiva para verificação dos julgados do STJ, bem como, o método descritivo e analítico para fixação de premissas básicas e desenvolvimento da análise crítica dos institutos jurídicos.

Inicialmente, realizou-se uma pesquisa bibliográfica sobre os aspectos teóricos do direito familiarista, da responsabilidade civil no âmbito geral e dos danos extrapatrimoniais nas relações familiares. Posteriormente, a investigação ingressou-se nos artigos científicos e nos trabalhos acadêmicos sobre a temática do “abandono afetivo” nas relações paternas, bem como, nas codificações, legislações esparsas e na jurisprudência.

Por fim, por meio do repertório de jurisprudência do STJ disponibilizado no seu sítio eletrônico, foram encontrados 20 *Acórdãos*, utilizando-se como metodologia de busca o texto “abandono afetivo”. Contudo, somente 12 julgados foram objeto desta análise dada a sua interface com a investigação proposta. Desse modo, a última parte do trabalho examina as principais razões das decisões judiciais do STJ que obstam a admissibilidade da pretensão recursal nas hipóteses do “abandono afetivo”, bem como apresenta pormenorizadamente os fundamentos contrários ou favoráveis à reparação civil nesses casos. Para tanto, procurou-se dividir o posicionamento dessa corte em orientações denegatórias, orientação ampla e permissiva e, por fim, orientação restritiva e permissiva. É essa a meta que se segue.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

O termo “responsabilidade” tem origem no verbo latino *respondere*, cuja raiz encontra-se na palavra *spondeo*¹. Exprime a ideia de compromisso, de dever, de encargo, de obrigação que alguém tem perante outrem face às consequências do seu comportamento.

Com o fito de manter o equilíbrio e a convivência social, o ordenamento jurídico impõe deveres aos indivíduos, ora negativos (como não fazer), ora positivos (dar e fazer), ora atingem a todos indistintamente (como nos direitos absolutos), ora a pessoa ou pessoas determinadas (como nos direitos relativos), de tal maneira que sua violação merece a tutela pelo Direito nas suas mais diversas esferas.

Isto posto, vê-se que toda conduta humana contrária aos deveres jurídicos configura o que se denomina por ato ilícito, uma vez que o legislador, ao criar certas obrigações, tanto valora determinados interesses jurídicos à luz do bem comum quanto impõe sanções pelo resultado do seu descumprimento, sobretudo segundo a máxima *nemime laedere*.²

Assim, fica fácil entender que no Direito das famílias também é aplicada a lógica da responsabilidade civil. Dito de outra maneira, se os genitores descumprirem com os deveres jurídicos impostos pela lei (dever originário/obrigação) haverá sucessivamente, como consequência, um novo dever jurídico (dever sucessivo/responsabilidade), isto é, o de recompor o dano causado pelo não cumprimento da obrigação.

Isto não quer dizer que o ato ilícito se reduza na mera tutela repressiva do dever de reparar os danos causados. Muito pelo contrário, essa é apenas uma das consequências previstas pelo ordenamento jurídico à prática do comportamento desconforme aos ditames legais, pois, ainda na ausência do evento danoso, outros efeitos surgirão como sanção daquele, ora com a tutela também repressiva ora com a tutela inibitória/preventiva. É o clássico exemplo do pai que aplica ao filho um castigo imoderado e perde o direito do dito “poder familiar”, conforme art. 1.638, I do CC/02³, conhecido como eficácia caducante do ato ilícito.

Outra ruptura desse binômio ilícito-dano pode ser observada por aquele que sofre uma ameaça ao direito da personalidade. Nota-se que esse poderá exigir que a ameaça cesse por meio

1 O termo tem origem em um jogo de perguntas e respostas que eram realizadas durante a obrigação contratual: “*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*”; isto é, “prometes me dar um cento? Prometo”. In: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade civil*. v.3, 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p.273.

2 Remete a ideia de que a ninguém se deve lesar. Além dessa expressão, o juriconsulto romano *Ulpiano* proclamou outros dois preceitos como princípios fundamentais do direito – *honeste vivere* (viver honestamente) e *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu).

3 Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho.

das tutelas inibitórias em que será dispensado a aferição de culpa do agente e a existência do dano, pois o que se busca é muito mais do que a não consumação deste (dano futuro), mas sim, o combate do próprio ilícito e sua reiteração, posto em contradição com o ordenamento jurídico.

Com efeito, vê-se que o ordenamento jurídico civilista dispõe de distintos, e eventualmente complementares, remédios para a tutela dos interesses atingidos. Ora, opera-se para o futuro, antes da ocorrência do dano, com as medidas inibitórias/satisfativas, ora, opera-se para o passado, depois da ocorrência do dano, com o ressarcimento/compensação.

É justamente no tratamento mais efetivo do dano que a doutrina contemporânea vem demonstrando, por uma constelação de motivos¹, que está renovado o olhar da responsabilidade civil. Em outras palavras, o dano passa a ser visto como cláusula geral da responsabilidade civil numa perspectiva dinâmica e concreta em face do interesse lesivo, e não mais na identificação do agente do ato ilícito. É o denominado "Direito de Danos".²

Seguramente, essa transformação vem ao encontro da valorização do dano extrapatrimonial (dano à integridade física, psíquica, moral, entre outros) e conseqüentemente, no reconhecimento de novas categorias de danos, entre os quais destaca-se o dano pelo abandono afetivo, à medida que o eixo de proteção do ordenamento jurídico se desloca do patrimônio para o ser humano, consagrando sobremaneira, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

2 A JURISPRUDÊNCIA DO STJ QUANTO À RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO

É evidente que a legislação não consegue acompanhar tamanha transformação e evolução de uma sociedade pluralista e multicultural. Por outro lado, o hermeneuta ávido em assegurar a eficácia concreta dos direitos fundamentais, eleitos pela Carta Magna como valores fundantes de uma ordem democrática a serviço da sociedade, não pode depender da edição de normas infraconstitucionais para aplicá-los, nem muito menos furtar-se das deliberações.

Com efeito, o papel dos julgadores ultrapassa a simples aplicação do direito por subsunção dos fatos à norma para a construção de um Direito vivo com a utilização de princípios que vão muito além do que sua supletividade. Eis que a jurisprudência surge como um importante instrumento para os operadores e como fonte produtora do direito, uma vez que a uniformização da interpretação da lei realizada pelos Tribunais contribui, sem sombra de dúvida, para a construção e readequação da norma à realidade social hipercomplexa.

1 Schreiber aponta ainda cinco tendências da responsabilidade civil brasileira, a partir da observação da jurisprudência e da doutrina, quais sejam: (i) a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil; (ii) a coletivização das ações de responsabilização; (iii) a expansão dos danos ressarcíveis e a necessidade de sua seleção; (iv) a despatrimonialização não já do dano, mas da reparação; e (v) a perda de exclusividade da responsabilidade civil como remédio à produção de danos. In: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

2 "A expressão direito de danos deve ser utilizada preferencialmente quando nos referimos ao estado atual da Teoria Geral da Responsabilidade Civil. Isto porque [...] a noção de responsabilidade está atrelada a uma ideia moralizante e limitadora da autonomia individual, característica marcante do século XIX; enquanto a expressão direito de danos seria mais consentânea das funções hodiernas do estudo da obrigação de indenizar, pois se refere aos danos que devem ser indenizados. A análise é, pois, objetivada em relação ao resultado afastando-se a pesquisa da conduta pessoal fruto da autonomia individual reprovável causadora de um prejuízo (visão subjetiva da responsabilidade)". In: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p.13.

Nesse cenário, a primeira construção pretoriana sobre a responsabilidade civil por “abandono afetivo” do egrégio STJ surgiu no ano de 2005, resultante de um acórdão paradigmático do antigo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais¹. Na ocasião, aquele julgou improcedente o pedido por não reconhecer a conduta do genitor como ensejadora à responsabilidade civil, conforme se observa na ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.²

Anteriormente a este julgado, em meados de 2003, já havia outras decisões monocráticas, sem repercussão naquela Corte, que reconheceram o pedido de indenização por “abandono afetivo”. A pioneira adveio da Comarca de Capão da Canoa no Rio Grande do Sul, condenando o genitor, revel na ação, ao pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais)³ e a segunda, da 31ª Vara Cível da Comarca de São Paulo⁴.

A partir de então, os diversos Tribunais brasileiros passaram a conferir respostas às ações de indenização por “abandono afetivo” nas relações paternas. Traduzindo em números pode-se citar que somente os Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul e de São Paulo julgaram, respectivamente, 172 e 128 demandas.

De conseguinte, o Superior Tribunal de Justiça, chamado a pronunciar sobre este tema tão singular das relações familiares, proferiu 12 *acórdãos*⁵ oriundos das demandas de diversos estados, vez que lhe compete, entre outras funções, zelar pela uniformização da interpretação da legislação federal, no rigoroso exercício da jurisdição *jus scriptum*.

Isto posto, parte-se, então para a análise da jurisprudência específica, demonstrando como o Poder Judiciário por meio do STJ tem se posicionado face às demandas das indenizações por abandono afetivo nas relações paternas, por meio da *ratio decidendi*, isto é, a tese jurídica adotada no acolhimento ou na rejeição, numa primeira perspectiva, como fundamento dos julgados.

2.1 O necessário corte metodológico: os julgados do STJ analisados

A presente pesquisa foi realizada por meio do repertório de jurisprudência do STJ disponibilizado no seu sítio eletrônico.⁶ Utilizou-se como metodologia de busca o texto “abandono afetivo”, nas ementas, nos relatórios e nos votos dos respectivos julgados, sendo encontrados 20 julgados.

1 “INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana”. In: TJMG, 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 408550-5. Rel. Des. Unias Silva, j. 01.04.2004.

2 STJ, 4ª Turma. REsp nº 757.411-MG. Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29.11.2005.

3 TJRS, 2ª Vara Comarca de Capão da Canoa. Processo nº 141/1030012032-0. Ação indenizatória. Juiz Mário Romano Maggioni, j. 15.09.2003.

4 TJSP, 31ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo. Processo nº 583.00.2001.036747-0. Juiz Luis Fernando Cirillo, j. 01.06.2004.

5 São eles, em ordem de julgamento: 1. AgInt no AREsp 1270784; 2. AgInt no AREsp 492243; 3. REsp 1579021; 4. REsp 1087561; 5. AgRg no AREsp 766159; 6. REsp 1493125; 7. REsp 1557978; 8. REsp 1374778; 9. REsp 1298576; 10. REsp 1159242; 11. REsp 514350; 12. REsp 757411. Disponível em www.stj.jus.br Acesso em 10 de fevereiro de 2020.

6 Disponível em www.stj.jus.br Acesso em 10 de fevereiro de 2020.

Dentre esses, 13 são recursos especiais, cinco são agravos internos no agravo em recurso especial e dois são *habeas corpus*. Por conseguinte, descartou-se quatro recursos especiais, dois agravos internos no agravo em recurso especial e os dois *habeas corpus*, pois não se relacionavam diretamente ao tema ou sequer foram julgados pelo mérito por entenderem que o recurso demandava o revolvimento de matéria fática, restando, portanto, 12 decisões judiciais pertinentes ao assunto para serem analisadas.

Todavia, antes de adentrar-se nas teses nucleares que conduziram às conclusões dos decisórios, é importante destacar que dois julgados – o REsp Nº 1298576/RJ e o AgInt no REsp Nº 1270784/SP – não emitiram juízo acerca do cabimento ou não da indenização pela conduta abandonica do pai, uma vez que julgaram antecipadamente o feito para reconhecerem a prescrição trienal da pretensão.

Logo, dos 10 *acórdãos*, restantes, que interpretaram a norma e revelaram a tese jurídica formada a partir de cada caso concreto, conclui-se que, existem posições diametralmente opostas, estando de um lado a orientação denegatória (40%), no centro um posicionamento restritivo da incidência da indenização (50%) e na outra extremidade, a orientação qualificada como ampla e permissiva (10%), acolhendo largamente o dano extrapatrimonial.

De antemão, exprime-se que esse estudo da jurisprudência não traduz sua perspectiva cronológica, posto que procurou-se agrupar os semelhantes posicionamentos fora do domínio temporal. Isso não significa que não seja possível analisar o percurso pela qual a temática se desenvolveu. Muito pelo contrário, essa divisão por orientação facilitará a compreensão não só desse processo como também do próprio posicionamento conturbado da corte.

Tanto é assim que ver-se-á significativa evolução pragmática da temática, visto que do pioneiro *acórdão* datado no ano de 2005 ao *leading case* de 2012, desprende-se do entendimento de que existiam restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil no âmbito do direito das famílias para a indenizabilidade por abandono afetivo pelo descumprimento do dever jurídico de cuidado, sobretudo pelo dano *in re ipsa*.

Outrossim, nota-se que os *acórdãos* que pioneiramente reconheceram o dever de indenizar pela conduta abandonica e ainda mantém esse entendimento, embora um pouco mais restritivo, são os relativos à 3ª Turma. Por outro lado, o posicionamento da 4ª Turma, que tradicionalmente defendia a tese denegatória da indenização, dá passos no sentido de admiti-lo, embora como situação excepcionalíssima, como restará demonstrado a seguir.

Detalhar os argumentos contrários e favoráveis apontados nesses julgados será o próximo desafio, a partir do qual será possível extrair as razões predominantes que ainda se opõem ao provimento das ações de responsabilidade civil por “abandono afetivo” nas relações paternas.

2.2 A orientação denegatória

O pioneiro *acórdão* do *Tribunal da Cidadania*, o REsp. 757.411/MG, firmou o entendimento no sentido de que o instituto da responsabilidade civil não poderia ser aplicado no âmbito do direito das famílias, seja pela sua especificidade, seja pela impossibilidade de influência de princípios de outros ramos do Direito face as singularidades das relações familiares.

Por essas razões, a 4ª Turma concluiu que o “abandono moral” não configuraria ato ilícito apto a ensejar a indenização com base no ato ilícito, uma vez que há no próprio direito das famílias institutos de sanção, *in casu*, a destituição do “pátrio poder”, atual poder familiar, alcançando assim, os efeitos punitivo e dissuasório.

Desta feita, é possível extrair que ao estipular a aplicação de sanção àquele comportamento, mesmo que exclusivamente relativa ao direito familiarista, concomitante e implicitamente, o julgado em tela o determinou como um dever jurídico preexistente, na medida em que não há que se falar

em sanção, em qualquer modalidade, sem violação de um dever jurídico. Veja-se alguns trechos do voto do Ministro Relator Fernando Gonçalves:

a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor [...]. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso? [...] Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos [...]. Escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.¹

Na mesma linha seguiu o *acórdão* do REsp. 514.350/SP, da relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior, assim ementado:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).²

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência do STJ caminhava no sentido de que as questões relativas ao direito família deveriam ser resolvidas pelos seus próprios princípios, e não pelos do direito das obrigações, como mencionado pelos *acórdãos*. No entanto, esse entendimento, foi superado em 2012, pelo REsp 1159242/SP, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi e posteriormente ratificado pelo REsp 1087561/RS pelo voto-vista da Ministra Maria Isabel Galloti, esse último por sua vez, inaugurou a nova orientação denegatória.

Essa nova orientação surgiu em contraposição ao superado posicionamento da inaplicabilidade dos princípios da responsabilidade civil nas relações familiares, como se observa no REsp 1087561/RS, voto-vista da Ministra Maria Isabel Galloti:

Não penso, data maxima venia, que as especificidades do Direito de Família excluam a possibilidade de indenização, com base no art. 186 do Código Civil de 2002, segundo o qual "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". A proeminência do instituto "família" no ordenamento jurídico e social, ao meu sentir, corrobora a incidência das regras de responsabilidade civil no caso de infração a dever jurídico compreendido na regência do Direito de Família.³

Em consectário, vê-se que a *ratio decidendi* dos precedentes que rejeitam a indenização por abandono afetivo nas relações paternas amplia-se sobremaneira, de tal sorte que as discussões passam, portanto, a assentar-se não mais na coexistência da aplicação das regras relativas à responsabilidade civil, mas sim, na existência ou não do dever jurídico de afeto no ordenamento jurídico, *in verbis*:

a falta de afeto não constitui ato ilícito, mas este fica configurado diante do descumprimento do dever jurídico de adequado amparo material [...] filio-me ao entendimento de que não cabe indenização por abandono estritamente afetivo. [...] A afetividade não é dever jurídico. Trata-se, sem dúvida, de sentimento.⁴ [...]

1 STJ, 4ª Turma. REsp nº 757.411-MG. Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29.11.05.

2 STJ, 4ª Turma. REsp nº 514.350 /SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 28.04.09.

3 STJ, 4ª Turma. REsp nº 1.087.561/RS. Rel. Min. Raul Araújo, j. 03.06.17.

4 STJ, 4ª Turma. REsp nº 1.087.561/RS. Rel. Min. Raul Araújo, j. 03.06.17.

A convivência e o afeto devem corresponder a sentimentos naturais, espontâneos, genuínos, com todas as características positivas e negativas de cada indivíduo e de cada família. Não é - nem deve ser - o cumprimento de dever jurídico, imposto pelo Estado, sob pena de punição (ou indenização punitiva). [...] não há dever jurídico de amor e afeto e, portanto, não há dever jurídico de cuidar afetivamente. Assim, a falta de cuidado afetuoso não é comportamento que gere dano indenizável com base no art. 186 do Código Civil.¹

Nessa linha de intelecção, a Quarta Turma concluiu pela inexistência de ilicitude e consequentemente, da obrigação de indenizar por parte do pai que deixa de dar carinho, amor, afeto ou pela "falta de cuidado afetivo". E, de mais a mais, para esses defensores, não há entre os deveres paternais o "de cuidado afetivo", no sentido de convivência e amparo afetivo e psicológico, mas sim, o de sustento, guarda e educação. Veja-se ilustrativamente:

o dever de cuidado estabelecido em lei diz respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos. A convivência familiar é garantida pela Constituição, dentro das circunstâncias de cada família, como um ideal. [...] Se o amor e o afeto não são deveres jurídicos, como o reconhece a doutrina e o acórdão da 3ª Turma no REsp. 1.159.242/SP, tão pouco o pode ser o cuidado afetuoso, ou a convivência forçada, sem afeto, apenas para cumprir suposto dever jurídico. [...] A forma de convivência familiar deve ser decidida no âmbito das famílias e não regulada e imposta pelo Estado, observados os deveres jurídicos de sustento, guarda e educação dos filhos. [...] A tentativa de regulamentar o afeto e a convivência entre pais e filho, sancionando sua falta com indenização punitiva, tornaria mais conflituosa a relação, dificultando para ambas as partes a esperança de reaproximação no futuro.²

Com efeito, passou-se a admitir uma nova modalidade de dano extrapatrimonial em razão do abandono material. Assim, entendeu-se que o comportamento inescusável dos deveres jurídicos de prestar assistência material (sustento, guarda e educação – ato ilícito) que atente contra a dignidade e o desenvolvimento sadio da personalidade da prole (dano) em decorrência das condições precárias de sobrevivência ou qualquer espécie de risco que afete sua integridade física, moral, intelectual e psicológica (nexo causal), rende ensejo ao pleito da compensação. Nessa perspectiva, está o REsp 1087561/RS, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a estas condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. 2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. Recurso especial improvido.³

Imbuídos do ânimo em manter a tese denegatória do denominado dano moral por abandono afetivo nesta 4ª Turma, o que se vê no julgamento do Recurso Especial nº 1579021/RS, de Relatoria da Ministra Maria Isabel Galloti, e também no Recurso Especial nº 1087561/RS, de Relatoria do Ministro Raul Araújo, é uma limitação aos deveres relativos à paternidade "responsável", os quais,

1 STJ, 4ª Turma. REsp 1.579.021/RS. Rel. Min. Maria Isabel Galloti, j. 19.10.17

2 STJ, 4ª Turma. REsp nº 1.087.561/RS. Rel. Min. Raul Araújo, j. 03.06.17.

3 STJ, 4ª Turma. REsp nº 1.087.561/RS. Rel. Min. Raul Araújo, j. 03.06.17.

apenas sob a perspectiva de uma visão reducionista poderiam ser compreendidos de forma exclusivamente patrimonial, como defendido.

É tão certo isso que se extrai, da própria dicção legal, os aspectos existenciais de “guarda”¹ e “educação”², sendo esses os mesmos definidos pelos precedentes, em comento, como dever de cuidado. De plano, pode-se dizer que enquanto o dever de sustento se exaure em si, os demais, embora tenham sido ignorados por aqueles julgadores, amplia o poder do intérprete, pois o ordenamento jurídico ao introduzir preceitos abertos como esses, não os dispõem concretamente, de tal sorte que é impossível não indagar a própria intenção da lei no rigoroso exercício da jurisdição *jus scriptum*.

Ora, o Direito não poderá, seguramente, alhear-se da dimensão relacional da pessoa – da sua esfera existencial – e curar apenas ou sobretudo das consequências patrimoniais de um ato lesivo. Assim, não se sustenta a irreparabilidade do dano extrapatrimonial do denominado abandono afetivo na mitigação dos deveres jurídicos dos genitores a tão somente à obrigação alimentar. Outrossim, considerar que direito a convivência familiar é apenas um ideal constitucional é o mesmo que afirmar que as normas regentes são simples conselhos, advertências ou recomendações e não uma ordem ou comando jurídico dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos.

Se de um lado há liberdade de escolha pelos indivíduos sobre a melhor forma de convivência familiar, do outro há o ônus correspondente a fatos a ela referentes, aliás, embora seja dito que esse atributo represente um direito-dever dos genitores, compreende-se que ele se vincula muito mais ao direito dos filhos do que com o *mínus* público imposto pelo Estado aos pais.

De toda forma, negando a indenizabilidade por abandono afetivo na impossível obrigação de amar, que aliás, é incontroverso entre as duas turmas, como se verá adiante, mas reconhecendo o dever de cuidado, presente no ordenamento positivo, como sinônimo aos deveres de “sustento, guarda e educação”, concluiu, mesmo que implicitamente, que o interesse subjacente às demandas que os envolvam merecem, sim, a tutela jurisdicional.

Outra não é a conclusão de que se o significante “abandono afetivo”, assim entendido em contraposição ao “abandono material”, for utilizado como referência ao conjunto de ações dotadas de zelo e proteção para com os filhos, traduz o sentido de cuidado e a noção de dever, quer exista amor ou não. Afinal, não deverá ser pela terminologia utilizada, que por sinal, são várias – “abandono parental”, “abandono psicológico”, “abandono moral”, “abandono paternal” – que a proteção da prole desamparada dos devidos cuidados pelo genitor seja afastada.

Por outro lado, a resistência da tese denegatória pela 4ª Turma já dá sinais de novos tempos, sobretudo por se aproximar daqueles que entendem pela excepcionalidade da indenização por abandono afetivo, como se vê nos mais recentes julgados desta Corte – REsp 1579021/RS e AgInt no AREsp 492243 – pelos motivos e razões detalhadas nas linhas adiantes.

1 “A guarda tão apenas identifica quem tem o filho em sua companhia, diante da inexistência ou dissolução da sociedade afetiva dos pais, permanecendo intacta a autoridade parental e a guarda jurídica do artigo 1.589 do Código Civil, que é representada pelo direito de o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poder/dever de visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação” In: MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 646.

2 “No dever de educar está implícita a obrigação de promover no filho o desenvolvimento pleno de todos os aspectos da sua personalidade, de modo a prepará-lo para o exercício da cidadania e qualificá-lo para o trabalho, mediante a educação formal e informal, o que atende aos arts. 3º e 53 do ECA” In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, Guarda e Autoridade Parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 137.

2.3 A orientação ampla e permissiva

Os defensores dessa corrente permissiva reconhecem largamente a possibilidade de compensação dos danos extrapatrimoniais por abandono afetivo nas relações paterno-filiais, não pela irrefutável obrigação de amar, mas sim, pelos impostergáveis deveres jurídicos de cuidado, zelo e providência, voltados ao interesse e bem-estar da prole.

Além disso, refutam a tese de exclusão do instituto da responsabilidade civil no Direito de Famílias, seja porque não há no ordenamento jurídico restrições para sua aplicação nas relações familiares, seja porque as tutelas repressivas positivadas pelo legislador não se esgotam na especificidade do regramento familiarista, conforme narra a Ministra Nancy Andrighi:

não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. [...] Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5º, V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita [...] a perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descuram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02) [...] não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malculdado recebido pelos filhos.¹

Não obstante, como lucidamente pontuado pelo Ministro Sidnei, a existência de vínculo de natureza familiar não constitui causa de exclusão da indenização e o despojamento da pretensão indenizatória à destituição da perda do poder familiar pela conduta abandônica, por sua vez, configura muito mais em um prêmio ao genitor decidamente omissivo do que uma sanção. Conforme afirma o Ministro,

significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar).²

Desse modo, partindo para as razões do *decisum* da orientação ampla e permissiva, é possível notar seu desvincular dos aspectos subjetivos tão comezinhos acerca do tema que muitas vezes eram postos como óbices ao seu reconhecimento, sobretudo pela distinção entre cuidado e amor. É o que se observa, por exemplo, na caracterização da conduta, na repetida frase da relatora: “não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar”.

Destaca-se que essa expressão não se encontra literalmente no ordenamento, pois representa uma interpretação tópico-sistemática dos deveres inerentes ao exercício do poder familiar com fulcro na formação da personalidade do infante, que, a propósito, como sustenta o *acórdão* em tela, transcende às necessidades básicas de sustento, as chamadas *necessarium vitae*, dentre os quais destaca-se: o “dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.” Indo além, a relatora chega a citar alguns exemplos de possíveis condutas no cumprimento do dever jurídico de cuidado, *ipsis litteris*:

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não

1 STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.159.242 /SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.12.

2 STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.159.242 /SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.12.

presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.¹

De igual forma, sabiamente ilustra ainda algumas hipóteses de exclusão da ilicitude no descuido de algum dos genitores omissos, tais como: alienação parental, limitações financeiras, distâncias geográficas, ao *contrário sensu*, do divórcio, das separações temporárias, da alteração de domicílio, da constituição de novas famílias, do reconhecimento de orientação sexual, entre outros.

Instar salientar que esse *decisum* paradigmático vem ao encontro do crescente tratamento conferido à obrigação legal de cuidar por parte da doutrina e da jurisprudência, afinal, diferentes tribunais se utilizam do cuidado como valor jurídico, conferindo-lhe substrato e sentido jurídico à luz da *fattiespecie* em apreço.

Ademais, destaca-se trecho do voto da Ministra Carmem Lúcia, que ao tratar da recente tese no Supremo Tribunal Federal sobre a multiparentalidade, afirmou que: “amor não se impõe, mas cuidado sim, e esse cuidado me parece ser do quadro de direitos que são assegurados, especialmente no caso de paternidade e maternidade responsável”².

A efetiva investigação da *ratio* decisória revela, todavia, o questionável entendimento de que os reiterados atos de omissão do genitor são passíveis de indenização independentemente da prova dos danos que os vincule, uma vez que são presumidos. Com efeito, concluiu-se pela caracterização dos chamados danos *in re ipsa*. Tem-se, assim, que a presunção dos danos extrapatrimoniais sopesada pelos sentimentos de dor, de mágoa e tristeza da prole abandonada, põe em evidência a própria fragilidade dos critérios utilizados no reconhecimento da indenizabilidade, em que pese ter a relatora discorrido sobre a necessidade do laudo técnico como simples meio de verificação daquele.

Isso porque, a aferição do dano pelos elementos subjetivos como a dor, sofrimento, e mágoas tem sido questionada por grande parte dos estudiosos da doutrina da responsabilidade civil nos últimos anos. Contrariamente, ao *acórdão* em comento, parte desses doutos advogam pela leitura jurídica objetiva do dano, ou seja, pela necessária averiguação da lesão a um interesse ou bem juridicamente tutelado, e não pelas suas consequências face sua presunção.

Além disso, nota-se a relativização do rigor técnico na apreciação dos elementos da responsabilidade civil em detrimento à discricionariedade da magistrada, que ao recorrer a regras comuns de experiência dá margem à imprevisibilidade no resultado de idênticas demandas de reparação, pois o mal que uma omissão de cuidado por parte de um dos pais vem a causar não é e nem deve ser tratado de maneira símeis³, dada configuração absolutamente subjetiva, isto é, ante a mesma situação fática de “abandono afetivo” que pode produzir profundo sofrimento em um filho e pode ser ignorado por outro.

E de mais a mais, não parece razoável que o genitor omissor, que descumpriu com seu dever de cuidado, responda genericamente por todo e qualquer dano da prole abandonada, visto que há uma infinidade de situações que não se encontram tuteladas pelo direito, por mais reprováveis que sejam. Nesse ínterim, muito ilustra o exemplo de Schreiber:

1 STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.159.242 /SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.12.

2 STF, Tribunal Pleno. RE 898060/SC. Repercussão Geral 622/STF. Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.05.2019.

3 Alerta Maria Celina Bodin de Moraes que: “esta ilação, porém, tem tido como consequência lógica, a ser oportunamente criticada, o entendimento subjacente de que o dano moral sofrido pela vítima seria idêntico a qualquer evento danoso semelhante sofrido por qualquer vítima, porque a medida, nesse caso, é unicamente, a da sensibilidade do juiz, que bem sabe, por fazer parte do gênero humano, quanto mal lhe causaria um dano daquela mesma natureza. Agindo desta forma, porém, ignora-se, em última análise, a individualidade daquela vítima, cujo dano, evidentemente, é diferente do dano sofrido por qualquer outra vítima, por mais que os eventos danosos sejam iguais, porque as condições pessoais de cada vítima diferem e, justamente porque diferem, devem ser levadas em conta”. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.160-161.

Imagine-se, por exemplo, uma criança que, vivendo com um pai adotivo, sem jamais sabê-lo adotivo, tenha recebido dele sustento, guarda, educação e criação impecáveis, não sendo tolhida em nenhuma das oportunidades de desenvolvimento da sua personalidade. Embora o pai genuíno tenha efetivamente, nesta hipótese, violado o dever legal de educação de seu filho, a concreta afetação do interesse tutelado do menor não restou configurada.¹

Somem-se a isso o fato de que ao reconhecer a compensação do dano não patrimonial como insito na ilicitude do ato praticado, decorrente da gravidade do ilícito em si e não na efetiva demonstração da lesão, fez com que se desfocasse da concretude do elemento ontológico do dano por abandono afetivo. Indubitavelmente, o bem que se procura proteger nas hipóteses de abandono afetivo é o sadio desenvolvimento da personalidade do infante e não como relacionado no *decisum* o “necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado.”² Parece, que essa confusão entre os elementos da responsabilidade civil contribuiu para o foco da atenção exclusivamente voltado à conduta do ofensor, sua extensão e sua gravidade, que diga-se de passagem, já ultrapassados, deixando, então, em segundo plano as balizas necessárias para a caracterização dos danos sofridos pela vítima.

Prevedo os perigos da super-responsabilização, já que nem os freios da inexistência do dever jurídico nem a do nexa casual seriam suficientes para barrar o impulso das demandas de reparação que poderia surgir, o Ministro Massami Yeda ponderou: “se abrimos essa porta como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal [...] não haverá mais tranquilidade [...] se abrimos essa tese aqui, olha, como diria o pessoal, sai de baixo. *Este Tribunal irá cuidar de mágoas*”³

Dessa maneira, nota-se que o critério da excepcionalidade veio justamente no afã de se escapar da dificuldade de aferição do dano não patrimonial por “abandono afetivo” diante à confusão conceitual trazida por sua identificação a sentimentos como dor, sofrimento, vexame, humilhação, numa tentativa de dissociá-lo de situações que fazem parte do cotidiano, sem que possam ensejar quaisquer indenizações, sobretudo no âmbito das relações familiares.

Ao revés dessas observações, esse precursor julgado é merecedor de aplausos, pois exerceu um importante papel na instigação da temática no hodierno estudo familiarista para além das fronteiras da inequívoca obrigação de amar, sobretudo pela categoria principiológica conferida ao cuidado. Até mesmo porque, esta Corte, no rigoroso exercício da jurisdição, conferiu ao tema uma perspectiva civil-constitucional, que nada se assemelha do ativismo ou protagonismo de outrora.

2.4 A orientação restritiva e permissiva

Superado, em parte, o óbice da impossibilidade do reconhecimento da indenizabilidade do dano não patrimonial ao denominado abandono afetivo, o que se viu nas respostas da Corte às demandas subsequentes àquele *hard case* foi uma maior rigidez no tratamento jurídico dos elementos da responsabilidade civil, pelas razões já apontadas anteriormente.

Isso porque, para essa concepção intermediária, a incidência do dano extrapatrimonial decorrente da conduta abandonônica nas relações paternas não deve ser indistinta e indiscriminada, mas, sim, restritiva e limitada às causas excepcionais de elevada gravidade, como se observa nos trechos de vários *acórdãos*:

1 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 182.

2 “A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado* – importa em vulneração da imposição legal” In: STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.159.242 /SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.12.

3 STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.159.242 /SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.12.

Não se pode olvidar que as frustrações experimentadas no seio familiar, além de contribuírem para o crescimento e para o desenvolvimento do indivíduo, são, em parte, próprias da vida e, por isso mesmo, inevitáveis. Sendo assim, entendo que o reconhecimento de dano moral em matéria de família é situação excepcionalíssima, devendo-se admitir apenas em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares.¹ [...] a possibilidade de compensação por danos morais por abandono psicológico exige detalhada demonstração do ilícito civil cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor. [...] Esta Corte entende que o reconhecimento de dano moral em matéria de família é situação excepcionalíssima, admitida a responsabilidade civil dos pais somente em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares.² [...] ainda que cabível, em situações excepcionalíssimas, nos termos dos precedentes da 3ª Turma, indenização por abandono afetivo.³

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência do STJ caminhou no sentido de inclinar-se em prol do critério da gravidade da ofensa, muito embora, sem caracterizar seu caráter excepcional. Nessa toada, o intérprete ávido pela compreensão da *ratio* decisória, sem uma análise pormenorizada e sistemática dos *acórdãos*, incorreria no grave equívoco de relacionar as superadas discussões da refutável obrigação de amar a essa excepcionalidade, como se nota nessas diferentes passagens:

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema, firmando a diretriz de que a falta de afetividade no âmbito familiar, via de regra, não traduz ato ilícito reparável pecuniariamente, uma vez que o ordenamento jurídico não prevê a obrigatoriedade de sentimentos que normalmente vinculam os pais aos seus filhos.⁴

Todavia, é possível extrair no REsp 1557978/DF, da relatoria do Ministro Moura Ribeiro, que esse caráter entendido como excepcional nada mais é do que a “análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil”. Numa palavra: é a regra do instituto prevista no art. 186 do CC/2002, qual seja, a existência de uma conduta, dano e nexo de causalidade, *in verbis*:

Para que se configure a responsabilidade civil, no caso, subjetiva, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido (dano a personalidade), e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do CC/2002. Considerando a dificuldade de se visualizar a forma como se caracteriza o ato ilícito passível de indenização, notadamente na hipótese de abandono afetivo, todos os elementos devem estar claro e conectados. [...] o dano, sozinho, s.m.j, não causa a responsabilidade civil.⁵

Parece que esse posicionamento está legitimado na tentativa da Corte em dissociar-se da presunção do dano extrapatrimonial de outrora, imprimindo-se nas análises da *fattiespecie* o rigor técnico condizente com o instituto da responsabilidade civil. Tanto é assim, que a Terceira Turma, no REsp 1374778/RS, também de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, ao enfrentar novamente a temática, de plano ponderou:

Para que seja apurada responsabilidade civil e por conseguinte haja reparação por abandono afetivo, contrariando a premissa da paternidade responsável, deve ficar comprovado o liame entre a conduta voluntária omissiva ou comissiva por parte do pai e o abalo moral suportado pelo filho. [...] Acrescenta-se a isso que a culpa, como elemento essencial da responsabilidade civil e que possui, como sabido, o comportamento voluntário do agente, a previsibilidade e a violação de

1 STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.159.242 /SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.12.

2 STJ, 3ª Turma REsp nº 1.493.125/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.02.07.

3 STJ, 4ª Turma. REsp nº 1.579.021/RS. Rel. Min. Maria Izabel Gallotti, j. 19.10.17.

4 STJ, 4ª Turma. AgInt no AREsp nº 492243/SP. Rel. Min. Marco Buzzi. Brasília, j. 05.06.18.

5 STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.557.978/DF. Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 03.11.15.

um dever de cuidado objetivo como requisitos, deve ser demonstrada para configuração do ilícito. No caso, ela não está evidenciada, razão pela qual não há mesmo a obrigação de indenizar, como bem consignou o acórdão recorrido.¹

Esses pequenos trechos do voto do relator conduzem ao raciocínio de que não há que se falar em responsabilidade por mero descumprimento do dever de cuidado face a ausência de prova da omissão voluntária do genitor, posto que, *in casu*, ainda que houvesse a configuração da conduta (primeiro elemento da responsabilidade civil), não houve culpa (responsabilidade subjetiva), pois aquele sequer tinha ciência da existência da prole abandonada, firmando assim, o entendimento de que não há dever de reparação por “abandono afetivo” antes do reconhecimento da paternidade.

Noutra oportunidade, além do evidente recrudescimento da Terceira Turma no tratamento dos requisitos autorizadores do instituto da reponsabilidade civil, é possível notar ainda um exame mais detalhado e restritivo ao provimento das demandas decorrentes das negligências paternas, nos termos do voto do Ministro Moura Ribeiro:

É inconteste, por força de expressa previsão constitucional (CF, art. 229), que a paternidade responsável exige, do pai, o dever de assistir, criar, educar, orientar e prestar assistência moral aos filhos menores, bem como lhes assegurar o direito à convivência, de forma a lhes proporcionar o indispensável para a formação e desenvolvimento pleno e saudável de sua personalidade (ECA, art. 3º e 22). [...] não há se falar em ruptura ou abandono antes da criança ter sido reconhecida como filha. [...] descumprimento do dever de cuidado somente teria ocorrido se houvesse um descaso, uma rejeição ou um desprezo pela pessoa da filha por parte de seu genitor [...] entendo que não está claro e evidente que a conduta do recorrente configurou o descumprimento total do dever jurídico de cuidado para com a filha. [...] não há obrigação de indenizar, pois a causa do dano deve necessariamente estar relacionada direta e imediatamente com o comportamento o agente. [...] a ferramenta mais adequada é a realização de um estudo psicossocial que aponte a existência de um dano psicológico e o vincule a ausência de cuidado por parte de um dos pais, daí não haverá dúvidas do dever de indenizar.²

Por outras palavras, tem-se os seguintes argumentos limitadores a incidência do dano não patrimonial àqueles que contrariam os deveres inerentes à paternidade responsável: (1) reconhecimento civil da paternidade, (2) existência de rompimento do convívio/vínculo afetivo, (3) descumprimento total do dever de cuidado, (4) desprezo, rejeição ou descaso pela prole e (5) realização de estudo psicossocial (prova pericial).

Não obstante a autoridade desse *decisum*, é fácil perceber o terreno ainda arenoso que se encontram as reflexões acerca da temática. Em primeiro lugar porque o foco conferido a conduta do genitor, sua extensão, gravidade e possíveis atenuantes decorrentes da postura da genitora, dificultando ainda mais a tarefa de se identificar a lesão à personalidade do infante, que por óbvio, não se restringe aos casos de desprezo ou rejeição, tal qual declarado pelo Tribunal *a quo* e reafirmado no voto do mesmo relator.

Em segundo lugar, partindo do pressuposto que o caminhar da responsabilização se bifurca não na conduta gravosa, mas sim, na existência do dano³, compreende-se que a conduta omissiva do genitor é por si só um ato ilícito que não se confunde com as criticadas gradações dos comportamentos de maior ou de menor gravidade para efeitos de reparação por afetação eminentemente existencial, até porque não haveria como proceder a qualquer forma de discriminação ao direito da personalidade.

1 STJ, 3ª Turma. REsp n. 1.374.778/ RS. Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 18.06.15.

2 STJ, 3ª Turma. REsp n. 1.557.978/DF. Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 03.11.15.

3 “Ressarcíveis não são os danos *causados*, mas sim os danos *sofridos*, e o olhar do Direito volta-se totalmente para a proteção da vítima” In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Deveres parentais e responsabilidade civil*. Repertório de Jurisprudência IOB. 1ª quinzena de fevereiro de 2009. n.03. vol. III. 2009, p. 105.

Daí a pertinente e esclarecedora referência coligida por Schreiber, quando diz que “se toda a lesão a um interesse da personalidade é grave [...] não serve, obviamente, a separar, no universo destas lesões, umas das outras, ou seja, as ressarcíveis das não ressarcíveis, podendo, no máximo, ser levada em conta na quantificação da indenização”.¹ Nessa esteira, o foco de atenção nos casos de “abandono afetivo” deve-se à averiguação da presença da lesão sofrida pela vítima e não pela conduta causadora do ofensor, como sustenta Hironaka:

A visualização primeira deve se o dano e não a sua origem ou causa, propriamente ditas, pois o que corre à frente é a circunstância da vítima do dano. É pela vítima e pela expectativa de reorganizar, tanto quanto seja possível, a essência lesada que se procura sistematizar um novo perfil para a responsabilidade civil – como se esboça neste estudo –, quando a ausência afetiva tenha produzido danos ao partícipe da relação paterno-filial, mormente o filho.²

A verdade, no entanto, é que a dificuldade está não na identificação do dano nas condutas abandônicas dotadas de materialidade, como por exemplo, lesão à integridade psíquica medicamente constatável, mas sim, no dano extrapatrimonial e seus efeitos, uma vez que por ser estranho ao Direito a constituição da personalidade do menor, desconhece-se a ocorrência da lesão ao interesse juridicamente tutelado, como se extrai de Martins-Costa:

É fundamental apontar a necessária conexão entre o desenvolvimento da personalidade e as relações familiares que representam um aspecto relevante na avaliação do que constitui, ou não, dano à integridade psíquica. Em outras palavras, é necessário ter-se o conhecimento de como se constitui o psiquismo, e a sua integridade, para que se compreenda e avalie o que constitui, ou não, dano moral, de forma a não banalizar o instituto.³

É de se notar, em consonância com tudo isto, que, a problemática nos casos de “abandono afetivo” desloca-se para a tormentosa questão do ônus probatório que, a propósito, não é exclusividade dos danos não patrimoniais, como já se afirmou, sobretudo se considerar que quantitativamente todos os *acórdãos* que reconhecem a possibilidade da sua indenizabilidade mas que negaram o provimento a pretensão recursal refere-se à ausência de demonstração de prova, ora do nexa causal, ora da omissão voluntária.

Diante desse panorama, é forçoso concluir que essa majoritária corrente traz consigo várias inquietações e que talvez a mais importante delas esteja na seara do direito processual, especificadamente ao campo probatório, motivo pelo qual confirma que os três indissociáveis elementos da responsabilidade civil continuam sim, desempenhando um papel importante, pelo menos nas demandas por “abandono afetivo”. Isso porque a mera alegação do distanciamento físico entre pai e filho não configura, por si só, o ilícito indenizante, de tal forma que a prole abandonada não está desobrigada a demonstrar a lesão do seu interesse juridicamente tutelado e nem muito menos, de que aquele distanciamento foi o causador desta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 129.

2 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material*. 2011, p. 22. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=289> Acesso em: 10 fev. 2020.

3 MARTINS-COSTA, Judith apud CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 288.

As reflexões abordadas no decorrer desse estudo permitem considerar que o instituto da responsabilidade civil não é o único remédio disposto no ordenamento jurídico civilista à tutela dos interesses no âmbito das relações familiares. Aliás, nem poderia ser, dada a sólida promessa estampada na *Lex fundamentalis* de proteção à dignidade das pessoas que a integram.

A propósito, convém dizer que a responsabilidade civil não substitui nem mesmo exclui a aplicação de outros instrumentos sancionatórios, inclusive, os específicos do direito familiarista, mesmo que decorram do mesmo fato. Isso porque além de terem finalidades distintas, podem, conseqüentemente, gerar diversas conseqüências, ora operando-se para o futuro, com as medidas inibitórias/satisfativas, ora, operando-se para o passado, com o ressarcimento/compensação.

O fato é que se antes o dever de indenizar nas demandas por abandono afetivo era repellido, sob o pretexto da satisfação pecuniária "monetizar as relações afetivas", hodiernamente, em razão da supremacia da personalidade dos seus entes, passa a ser a tutela necessária ao desestímulo de nova ou reiterada conduta lesiva.

Com efeito, é clara a conclusão de que muito melhor seria a prevenção da consumação das agressões ao direito do desenvolvimento da personalidade do filho abandonado, como já alertavam os romanos, *Alterum non laedere!* Todavia, caso tenha sido consumada, entra em cena, então, a vocacionada função sancionatória econômica da responsabilidade civil.

Paralelamente, o instituto assume ainda a tormentosa tarefa de transferir do patrimônio do genitor faltoso as conseqüências do seu comportamento lesivo, de forma a conceder ao filho não uma situação semelhante àquela que detinha, dada sua irreversibilidade, mas sim, uma compensação pela lesão sofrida.

A par das críticas da despatrimonialização da reparação dos danos extrapatrimoniais à essa função compensatória, na base do *all or nothing*, fica a interrogação de como substituí-la pela impossível satisfação da obrigação quando os bens que deveriam ter sido protegidos estejam destruídos. Em outras palavras, como impor ao genitor reiteradamente omissão a frequência das reuniões de pais na escola, a participação das festas de dia dos pais, aos telefonemas semanais, ou mesmo a presença física de um número "x" de dias com o filho, se esse quando busca a tutela estatal já teve sua integridade psicofísica lesionada?

É inquestionável que a ideia de *status quo* dos danos materiais não é condizente com o capítulo mais existencial do Direito Civil, frente a natureza dos seus bens e do liame familiar *ad perpetuam*. Contudo, não se pode deixar de reconhecer que a visão patrimonialista do fenômeno reparatório por muitas vezes traduz uma percepção equivocada do instituto, posto que não é pela dificuldade da satisfação ideal que se deixará de remediar o ofendido mesmo que seja pela questionável prestação pecuniária.

Nesse intelecto, soa verdadeiramente hipócrita a expressão quase sempre invocada, por aqueles que refutam o denominado abandono afetivo, sob o argumento da impossibilidade jurídica de se estabelecer "preço ao amor" ou "obrigação de afeto". Ora, a objeção nesses casos, chega a ser risível, pois é evidente que não há dever jurídico de amar, todavia o raciocínio que se faz é que se os bens existenciais também são jurídicos, qualquer violação praticada em relação aos mesmos deve ser objeto de tutela do Estado.

E nessa busca, portanto, o que se viu na investigação da jurisprudência do STJ foi que os julgadores, por muitas vezes, utilizaram-se desses mesmos argumentos para barrarem as demandas pelo abandono afetivo, não por meio do rigor técnico exigido pelo *munus iurisdictionem*, mas pelo famigerado juízo de valor, consistindo mais em um subterfúgio à superproliferação das ações pelos danos extrapatrimoniais.

Tanto é assim, que os elementos da responsabilidade civil (conduta, dano e nex) ora são exigidos na sua totalidade, ora são fragmentados ao bel prazer do julgador e ora são presumidos.

Dessa maneira, entra em cena a discricionariedade do magistrado ao recorrer-se às regras de experiência comum, afastando assim, da análise concreta e objetiva.

Além disso, extrai-se da jurisprudência da corte, a mesma dificuldade enfrentada por parte da doutrina, na aferição do dano extrapatrimonial pelo abandono afetivo diante à deturpação conceitual trazida por sua identificação a sentimentos como dor, sofrimento, vexame, humilhação (aspecto subjetivo ou consequencial do dano), o fez que, periodicamente, se desfocassem da concretude do elemento ontológico do dano.

Não obstante alguns avanços na caracterização das condutas abandônicas pelo reconhecimento do dever jurídico de cuidado extraído do comezinho tripé "sustento, guarda e educação", viu-se uma tentativa, pela sub-tese denegatória, na limitação dos seus conteúdos pelo viés exclusivamente patrimonial, o que não se coaduna com a própria natureza aberta dos enunciados familiaristas e nem mesmo, encontra amparo na doutrina.

Nesta tormentosa valoração, deve-se admitir que o posicionamento atual da corte caminha no sentido de imprimir um caráter de excepcionalidade aos danos extrapatrimoniais nas relações paternas. Todavia, mesmo sem caracterizá-lo, foi possível concluir que se trata da análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, conforme art. 186 do CC/02.

Dessa maneira, pode-se dizer que provando que a conduta voluntária do genitor no descumprimento dos deveres imateriais (conduta) prejudicou o pleno desenvolvimento da personalidade e a dignidade do infante (dano), afetando diretamente seja sua integridade física, moral, intelectual ou psicológica (nexo de causalidade), ensejará o cabimento da compensação.

Veja-se que com isso supera-se em parte o óbice ao reconhecimento da indenizibilidade por abandono afetivo, pois a famigerada obrigação de amar transmuda para o campo probatório, motivo pelo qual confirma que os três indissociáveis elementos da responsabilidade civil continuam sim desempenhando um papel importante para o resultado das decisões.

Dessa forma, destaca-se que a jurisprudência do egrégio tribunal muito contribuiu para que as discussões sobre a temática avançassem para além das fronteiras da equivocada violação de um dever de amor ou afeto, para um dever normativo expresso dos pais de sustentarem, guardarem e educarem seus filhos. E ainda que as respostas encontradas nesses julgados não sejam de um todo satisfatórias, o simples estímulo à reflexão, por si só, cumpriu o seu papel de centralidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito Civil: Famílias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Fábio Siebeneicher. A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação de deveres pessoais entre os cônjuges. Revista dos Tribunais. São Paulo, v.802, p. 12, ago. 2002.

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda. Aplicabilidade do Princípio da Afetividade às Relações Paterno-Filiais: a difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coords.). Famílias no direito contemporâneo. Recife: Podivm, 2010.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp n. 1.270.784/SP. Agravante: Andre Franca da Silva. Agravado: José Ribeiro de Mendonça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 12 de junho de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp n. 492243/SP. Agravante: Valdenei Figueiredo Órfão e Outros. Agravado: RBR. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, DF, 05 de junho de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.579.021/RS. Recorrente: DCPC. Recorrido: OAC. Relator: Ministra Maria Izabel Gallotti. Brasília, DF, 19 de outubro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.087.561/RS. Recorrente: RA DE M. Recorrido: PA A DAS. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 13 de junho de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp n. 766.159/MS. Agravante: JPN. Agravado: EL DE D. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, DF, 02 de junho de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp n. 811.059/RS. Agravante: ADFP. Agravado: SJP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 17 de maio de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.493.125/ SP. Recorrente: Maria Augusta Gallassi. Recorrido: Arivaldo Germano Gallassi. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.557.978/DF. Recorrente: RAFD. Recorrido: AFD. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, DF, 03 de novembro de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 2 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.374.778/ RS. Recorrente: RO. Recorrido: RAM. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, DF, 18 de junho de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.298.576 / RJ. Recorrente: Manoel Lima Santos Cunha. Recorrido: Antônio Lopes da Silva Cunha. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 21 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.159.242 /SP. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de abril de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 514.350 /SP. Recorrente: R A DA S. Recorrido: J L N DE B. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Brasília, DF, 28 de abril de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 757.411/MG. Recorrente: V DE P F DE O F. Recorrido: A B F. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 29 de novembro de 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.245.550/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Banco do Brasil S/A Advogados. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 17 de março de 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação 70024207490. Apelante: Emilia Ines Gusman. Apelado: Ricardo Alexandre Sauer. Relator: Des. Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, RS, 28 de agosto de 2008.

_____. Comarca de Capão da Canoa. Processo nº 141/1030012032-0. Ação indenizatória. 2ª Vara, Comarca de Capão da Canoa, 15/09/2003. Juiz Mário Romano Maggioni.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação 1.0024.10.124748-4/001. Apelante: Cleria Lemos Nascimento. Apelado: Abraao Carvalho Gomes. Relator: Des. Pedro Aleixo. Belo Horizonte, MG, 16 de fevereiro de 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação 408550-5. Apelante: [...]. Apelado: [...]. Relator: Des. Unias Silva. Belo Horizonte, MG, 01 de abril de 2004.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação 1.0145.06.301317-4/0011. Apelante: [...]. Apelado: [...]. Relator: Des. Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, MG, 17 de junho de 2008.

SÃO PAULO. Comarca de São Paulo. Processo nº 583.00.2001.036747-0. 31º Vara Cível Central da Comarca de São Paulo. Junho/2004. Juiz Luis Fernando Cirillo.

BRANCO, Bernardo Castelo. Dano moral no Direito de Família. São Paulo: Método, 2006.

CALDERON, Ricardo Lucas. O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. 2011. 288 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado), Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, 2011.

_____. Princípio da afetividade no direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2 ed. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2000.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil, 11ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Curso de direito civil: responsabilidade civil. vol. 3. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Luciano Chaves de. Teoria do risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado e das relações matrimoniais. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. Belo Horizonte: Magister, v. 9, n. 1, dez /jan. 2007.

FROTA, Pablo Malheiros Cunha. Responsabilidade por danos. Imputação e nexos de causalidade. Curitiba: Juruá, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil. v.3, 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. [2011]. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=289>. Acesso em: 02 fev. 2019.

_____. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. [2006] Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>. Acesso em 02. Fev. 2020.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012.

LÔBO, Paulo Netto. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Direito de família. 7ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINSCOSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. II.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Deveres parentais e responsabilidade civil. In: Repertório de Jurisprudência IOB. 1^a quinzena de fevereiro de 2009. n.03. vol. III. 2009.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil por presunção de causalidade. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. vol. 1. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o direito impor amor? In: Famílias no Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Coord. Fabíola Santos Albuquerque, Marcos Ehrhardt Jr. e Catarina Almeida de Oliveira. Salvador: Juspodivm, 2010.

PEREIRA; Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. Responsabilidade Civil. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 25, ago. /set. 2005.

SCHREIBER, Anderson. Novas paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Responsabilidade Civil e Direito de Família: a Proposta da Reparação Não Pecuniária. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord). Responsabilidade Civil no Direito de Família. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.8, n. 35, abril/maio 2006.

STOCO, RUI. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7.^a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. Manual de Responsabilidade Civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de direito das famílias e das sucessões. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. Família, Guarda e Autoridade Parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Bases Teóricas Para o Novo Direito de Família. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, Padma, v. 23, jul./set. 2005.

REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS RELACIONADOS À PLATAFORMA *AIRBNB*: PLATAFORMA E OS USUÁRIOS

LEGAL REGIME OF CONTRACTS RELATED TO THE AIRBNB PLATFORM: PLATFORM AND USERS

Fabio Queiroz Pereira

Professor adjunto de Direito Civil da UFMG. Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Doutor em Direito Civil pela UFMG. Mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra.

Giuliana Alves Ferreira de Rezende

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisadora de iniciação científica vinculada ao projeto "Os Impactos das Novas Tecnologias no Direito Contratual Brasileiro".

RESUMO: O modelo econômico de plataformas e as premissas da economia de compartilhamento são constantes verificáveis em grande parte das principais empresas nos mais variados mercados. A *Airbnb*, cuja proposta é tributária desses dois elementos, é o objeto de estudo do presente trabalho. Membros-hóspedes e membros-anfitriões interagem entre si e com a plataforma, gerando e movimentando riqueza em grandes proporções. O presente trabalho busca analisar os termos de serviço, delineando em linhas gerais as obrigações firmadas entre as partes, em específico entre membro-hóspede e plataforma, e membro-anfitrião e plataforma. A metodologia empregada é jurídico dogmática, constituindo investigação jurídico-propositiva com raciocínio hipotético-dedutivo. Conclui-se que os contratos da relação estabelecida são coligados e complexos, e o regime jurídico aplicável ao contrato entre membro-hóspede e plataforma é consumerista, enquanto o aplicável ao contrato entre membro-anfitrião e plataforma deve ser analisado casuisticamente, ante a aplicação da teoria finalista mitigada.

PALAVRAS-CHAVE: Airbnb. Regime Jurídico Contratual. Economia de Compartilhamento. Modelo econômico de Plataforma.

ABSTRACT: The platform business model and the sharing economy are constants verifiable in most of the significant companies in various markets. Airbnb, whose proposition is derived from these two elements, is the object of the present study. Member-guests and member-hosts interact between each other and the Platform, generating and circulating wealth in relevant proportions. The present study aims at analysing the terms of service, painting in broad strokes the contractual obligations between the parties, in specific the ones between member-guests and the Platform, and member-hosts and the Platform. The methodology employed is legal-dogmatic, with propositive approach, and hypothetical-deductive reasoning. We conclude that the contracts are colligated and complex, and that the legal regime applicable to the contractual relationship between member-guest and Platform is bound by consumer protection; and the legal regime applicable to member-hosts and Platform must be reached through case by case analysis, in accordance with the mitigated finalist approach.

KEY words: Airbnb. Contractual Legal Regime. Sharing Economy. Platform Business Models.

Submetido em setembro de 2020. Aprovado em dezembro de 2021.

INTRODUÇÃO

“Unicórnio” é o termo utilizado para referir-se a empresas no formato *startup* avaliada em, pelo menos, 1 bilhão de dólares (MERRIAM-WEBSTER, 2018). A inspiração do termo associa o caráter mítico do Unicórnio com as dificuldades de uma *startup* irromper no mercado, conquistando dimensão e valor rapidamente (MERRIAM-WEBSTER, 2018). Atualmente, há mais de 400 empresas listadas como “Unicórnios” (CBINSIGHTS, 2020), e no sucesso de muitas delas identifica-se o recurso ao modelo de plataformas e às premissas da economia de compartilhamento, dentre elas a *Airbnb*.

Airbed and breakfast, traduzido livremente como “colchão inflável e café da manhã”, foram as inspirações de Brian Chesky, Joe Gebbia e Nathan Blecharczyk para criação do que viria a ser um Unicórnio avaliado em 31 bilhões de dólares (GAVIOLI, 2019). A *Airbnb*, recorrendo ao modelo de plataformas, surgiu em 2007, da ideia de conectar proprietários de imóveis com espaços inutilizados a pessoas pelo mundo inteiro em busca de um local para ficar durante suas viagens. Desde então, o modelo foi escalado exponencialmente, alcançando 7 milhões de imóveis disponíveis para reservas, em mais de 100 mil cidades, em quase todos os países do mundo (AIRBNB NEWSROOM, 2020).

Com o enorme crescimento vieram graves desafios, em geral ligados à interação entre a *Airbnb*, seus termos de serviço, e regulações e legislações nos países nos quais atua. Este artigo tem o propósito de analisar os termos de serviço da *Airbnb*, com o propósito de identificar elementos relevantes à identificação dos regimes jurídicos dos contratos envolvidos, e, ao final, propor possíveis, e iniciais, respostas à problemática. Para tal, o presente trabalho será desenvolvido em três partes: a primeira, voltada à caracterização do modelo de Plataforma na economia de compartilhamento, e introduzir a estrutura básica da *Airbnb*; a segunda, na qual se realiza uma análise geral dos termos de serviço, para expor a caracterização das partes, as prestações e, no geral, a configuração proposta pela *Airbnb* para a interação entre membros; e a terceira, partindo de uma breve exposição dos elementos característicos de cada regime jurídico investigado, realizar a análise dos termos de serviço com a finalidade de identificar o regime mais qualificado a ambas as relações estabelecidas.

1 PLATAFORMAS, ECONOMIAS DO COMPARTILHAMENTO E A AIRBNB

O modelo econômico tradicionalmente adotado por sujeitos prestadores de serviços ou fornecedores de produtos é caracterizado pela linearidade: o agente econômico fabrica o produto ou organiza-se para prestar o serviço, disponibiliza-os aos consumidores, que podem adquiri-los diretamente (CHOUDARY, 2019). Além de conformar uma posição na perspectiva da oferta, posiciona os consumidores na ponta do processo, em condição essencialmente passiva. Esse modelo tem sido confrontado pelo modelo de plataformas, que propõe reformular a atuação dos sujeitos no mercado com o objetivo de propiciar ambiente de conexão entre usuários, para que estes possam disponibilizar e adquirir, por si mesmos, serviços ou produtos para/de outros usuários interessados (CHOUDARY, 2019).

A relação estabelecida nas plataformas pode ser classificada partindo dos usuários envolvidos como: (1) P2P, ou *peer-to-peer* ou C2C, também chamado de *consumer-to-consumer*, (2) B2B, ou *business-to-business*, (3) B2C, ou *business-to-consumer*, (4) B2G, ou *business-to-government* (LOPES, 2018, p. 379). A primeira envolve pessoas físicas, enquanto a segunda

envolve pessoas jurídicas, a terceira retrata relações travadas entre pessoas físicas e pessoas jurídicas e a quarta, as transações entre pessoas jurídicas e entidades governamentais (KENTON, 2018). Em todos os modelos, há conexão direta entre os agentes, realizada, usualmente, por uma plataforma digital.

Progressivamente, antigos mercados foram desafiados pelos novos agentes, e estes novos agentes criaram novos mercados, geralmente com grande sucesso e recorrendo ao modelo de plataformas (KENNEY, ZYSMAN, 2016, p. 67). Esse modelo, em essência, mitiga dois consideráveis problemas que impediam ou dificultavam a conexão entre indivíduos para fins de troca de produtos ou serviços: (1) altos custos de transação; (2) falta de confiabilidade por assimetria de informações (HENTEN, WINDEKILDE, 2016, p. 12). Essas duas dificuldades podem ser analisadas ainda sob a perspectiva da (1) demanda; e da (2) oferta.

Antes do modelo de plataforma, e na perspectiva da demanda, um indivíduo ou empresa precisaria dispendar tempo, esforços e recursos para encontrar, *online* ou *offline*, e contratar alguém disposto a prestar determinado serviço ou fornecer determinado produto, com o agravante adicional da ausência ou dificuldade de acesso a mecanismos que assegurassem, previamente, um mínimo de confiabilidade e boa reputação dos selecionados. No modelo de plataforma, estão reunidos potenciais fornecedores de produtos ou prestadores de serviços e os elementos relevantes à realização das transações almejadas, como detalhamento do produto, preço, condições de entrega etc. Ademais, na maior parte das plataformas, usuários já contemplados pelo produto ou serviço podem avaliar e/ou comentar de forma pública a prestação recebida, compondo uma base de dados suficiente à formação da opinião de outros usuários sobre a confiabilidade e a reputação do agente ou do produto em questão (SCHOR, FITZMAURICE, 2015, *passim*).

Já da perspectiva da oferta, a segurança, acessibilidade e praticidade das plataformas cria ou aprimora formas de inserção dos agentes econômicos no mercado. Da posição dos agentes já inseridos, o modelo de plataformas substitui as tradicionais estruturas para contato com o consumidor e exposição do produto ou serviço (lojas físicas, agências intermediárias, revendedores etc.), reduzindo assim custos de transação e produção. Em seu lugar, é colocada um sistema acessível mediante cadastro prévio, no qual reúnem-se potenciais consumidores. Conta-se também com mecanismo de avaliação apto a demonstrar a credibilidade dos agentes e seus produtos. Da posição dos agentes ainda não inseridos, esse sistema reduz os custos de entrada no mercado, diversificando as possibilidades de atuação e aumentando as oportunidades de obtenção de receita.

Por fim, reduzindo os custos de transação para os usuários, sejam fornecedores ou consumidores, e aumentando os mecanismos formadores de confiança, as plataformas cujo modelo de negócios tem por finalidade o lucro conseguem sustentar-se dos custos de transação restantes, especialmente por meio da cobrança de taxas de seus usuários para administração do sistema (HENTEN, WINDEKILDE, 2016, p. 2).

A difusão e o sucesso do modelo de plataformas estão intimamente relacionados ao contexto das economias do compartilhamento. O termo está envolto em debate doutrinário quanto a sua origem, definição e correta aplicação, mas, em posição conciliatória, é possível distinguir o uso no contexto dos estudos acadêmicos antropológicos voltados às lógicas cooperativas e de reciprocidade, e o uso econômico/financeiro, estimulado pelo aprimoramento dos sistemas digitais (ZANATTA, 2017, p. 79). No segundo contexto, a ser empregado de agora em diante, o termo pode ser definido como "sistemas sócio-econômicos mediados por tecnologias de informação direcionados ao compartilhamento de recursos para fins de consumo ou produção" (ZANATTA, 2017, p. 80).

O termo compartilhamento é chave para a compreensão dessa nova proposta econômica. Embora o ato de compartilhar seja antigo e presente em inúmeras comunidades, o compartilhamento intermediado pelo modelo de plataformas é inovador, especialmente quando inserido no contexto capitalista, voltado para o "ter" em detrimento do "usar". Assim, não raro têm-se carros sem que os use, têm-se quartos sem que os ocupe ou têm-se ferramentas sem que delas precise. O contexto

de crise econômica que acometeu o centro do capitalismo ocidental, em 2008, fez com que alguns proprietários se voltassem aos seus bens com capacidade ociosa, e, pensando alternativas dentro da internet, criassem plataformas por meio das quais pudessem reformular o uso e a funcionalidade de seus ativos (ZANATTA, 2017, *passim*).

Assim, o objetivo dessas plataformas, no contexto das economias do compartilhamento, envolve: a (1) recirculação de bens; (2) uso expandido de bens duráveis; (3) troca de serviços; e o (4) compartilhamento de bens produtivos (SCHOR, 2017, p. 24). Esses objetivos podem ser realizados levando em consideração diferentes perspectivas: (1) quanto ao recurso a ser partilhado, que pode ser material, imaterial ou híbrido; (2) quanto à finalidade do compartilhamento, seja ela consumo ou produção; (3) quanto à estrutura de controle ou gestão da plataforma, que pode ser corporativa e hierarquizada/verticalizada, ou cooperativa e horizontalizada (ZANATTA, 2017, p. 102).

Nesse contexto, e sob a base do modelo de negócios de plataforma, foi criada, em 2007, a plataforma *Airbnb*. Inicialmente denominada *Airbed and Breakfast*, surgiu por iniciativa de Brian Chesky, Joe Gebbia e Nathan Blecharczyk, residentes de São Francisco, nos EUA, quando os dois primeiros se viram sem dinheiro para pagar o aluguel e resolveram montar um *site*, com ajuda do terceiro, para disponibilizar três camas infláveis e café da manhã em seu próprio apartamento durante um evento de *Design* sediado na cidade. O negócio evoluiu, especialmente por meio de consideráveis investimentos, e atualmente provê acesso a mais de 7 milhões de acomodações, desde quartos, apartamentos e casas completos, a castelos e casas na árvore, em mais de 100.000 cidades em quase todos os países do mundo (AIRBNB NEWSROOM, 2020).

A Airbnb se apresenta como fornecedor de plataforma (AIRBNB, 2020a, cláusula 1.2), um “mercado *online*” que permite a usuários cadastrados, também chamados de membros, e a terceiros determinados, comunicar-se, realizar ofertas e fazer transações diretas entre si. Os membros são divididos em (1) Anfitriões e (2) Hóspedes. Anfitriões são aqueles que oferecem e prestam os chamados serviços de anfitrião, que incluem a oferta de acomodações, de experiências, entendidas como atividades em um ou mais dias, ou acesso a eventos. Já Hóspedes são usuários que contratam e utilizam esses serviços de anfitrião (AIRBNB, 2020a, cláusula 1.1). Por fim, os terceiros são agentes não usuários da Airbnb, mas que podem disponibilizar *links* na plataforma para anunciar seus serviços (“Serviços de Terceiros”) (AIRBNB, 2020a, cláusula 1.6).

Fica claro, então, que a plataforma se insere teoricamente de forma perfeita no modelo das economias de compartilhamento, pois cria para indivíduos a possibilidade de reduzir a ociosidade total ou parcial de seus imóveis, gerando receita, além da oportunidade de usufruir de experiências, serviços e hospedagens na maior parte dos países do mundo, das mais diversas formas. O modelo de negócios tem apresentado considerável sucesso: 400 milhões de pessoas utilizaram a plataforma nos 10 anos que se sucederam ao seu lançamento; o negócio atualmente é avaliado em 31 bilhões de dólares (GAVIOLI, 2019), e rendeu a cada um de seus fundadores fortunas particulares de 3,7 bilhões de dólares (CARSON, 2019).

O sucesso, todavia, veio acompanhado de uma série de polêmicas. Empresas que se utilizam de Plataformas e exploram setores da economia de compartilhamento foram acusadas de recorrer ao mito criado em torno desses dois elementos, em especial do último, para evitar regulação, atuando efetivamente com baixo ou nenhum controle estatal (STEMLER, 2017, p. 201). O mito teria sido fundado exatamente nos elementos já evidenciados, em especial na noção de que o compartilhamento seria uma forma de democratizar oportunidades econômicas, preencher a capacidade ociosa de bens e promover inovação (STEMLER, 2017, p. 202-203). Ademais, por recorrerem ao sistema de reputação, por meio do qual comentários negativos e positivos delinearão o perfil dos usuários, seriam hábeis a exercer auto-regulação, afastando e punindo usuários mal avaliados melhor que qualquer política governamental faria (STEMLER, 2017, p. 218). Esse mito

aos poucos cairia por terra, em especial diante de evidentes falhas de mercado¹ descobertas, e lucrativamente exploradas, por usuários (STEMLER, 2017, p. 222 e ss.).

A *Airbnb* tem graves exemplos delas. Inicialmente pensada para inserção na economia de compartilhamento de bens ociosos, conectando oferta e demanda em níveis individuais, acabou atraindo sujeitos com múltiplas propriedades, que ingressaram na plataforma adequando-se ao nível micro, simulando o caráter de individualidade a partir do qual o sistema inicialmente fora planejado. Esses são os chamados *hosts with multiple units*, traduzido livremente para “anfitriões com múltiplas unidades” (LANE, WOODWORTH, 2017, p. 5). Com base em dados referentes aos Estados Unidos, colhidos entre novembro de 2017 e outubro de 2018, observou-se que 37,5% dos anfitriões disponibilizam somente uma acomodação, reunindo 30% da receita total gerada, enquanto 62,5% disponibilizam mais de uma, reunindo 69,1 da receita total gerada (DOGRU, 2019, tabela 1):

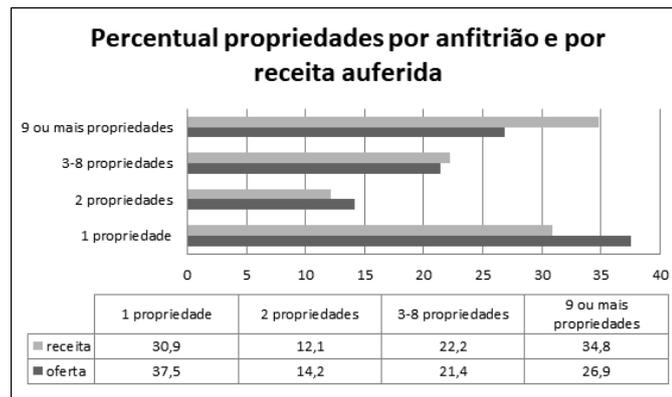


Figura 1. Percentual de propriedades por anfitrião e por receita auferida (DOGRU, 2019, tabela 1).

Nos Estados americanos nos quais a *Airbnb* tem mais propriedades disponíveis (Califórnia, Flórida, Nova Iorque, Havaí, Colorado, Texas, Carolina do Sul, Tennessee, Massachusetts, Washington, Oregon e Carolina do Norte), 71,1% da receita da *Airbnb* foi gerada por anfitriões com múltiplas unidades (DOGRU, 2019, tabela 5). Segundo apurado pelo *Attorney General* Do Estado de Nova Iorque, em 2014, 6% dos anfitriões da cidade de Nova Iorque concentravam de 3 a 272 acomodações, 36% das reservas e geraram 37% da receita da *Airbnb*, num total de 168 milhões de dólares (SCHNEIDERMAN, 2014, p. 10). Essa mesma pesquisa demonstrou que parte desses anfitriões conduziam negócios multimilionários, sendo que os dois anfitriões com mais unidades, 272 e 223, tiveram lucro de, respectivamente, US\$6.838.472 e US\$ 2.863.492 (SCHNEIDERMAN, 2014, p. 10). Esses dados, somados a uma série de procedimentos judiciais contra a *Airbnb* na cidade de Nova Iorque, motivaram a empresa a criar a política *one host, one home*, traduzido livremente como “um anfitrião, uma residência”, que veda a listagem de mais de uma acomodação inteira por um mesmo anfitrião e determina exclusão da oferta de acomodações que não se adequem a este critério. Essa política, no entanto, tem sido adotada pontualmente em grandes centros urbanos, e, usualmente, após intenso embate com o poder público, como nos casos de Nova Iorque, Los Angeles e São Francisco (FERRÉ-SADURNÍ, 2019; LOUDENBACK, 2018; KERR, 2017).

Partindo deste panorama, o propósito deste trabalho é conduzir uma análise acerca da relação firmada entre membro-anfitrião e plataforma e a entre membro-hóspede e plataforma, com base nas prestações estabelecidas nos termos de serviço da plataforma.

¹ Para uma análise pormenorizada das falhas de mercado do sistema de plataformas e economia de compartilhamento: STEMLER, 2017.

2 ANÁLISE DOS CONTRATOS RELACIONADOS À PLATAFORMA *AIRBNB*

Este capítulo é destinado à análise dos contratos na relação membro-hóspede e Plataforma *Airbnb* e membro-anfitrião e Plataforma *Airbnb*. De saída já se indica que parte dos serviços da Plataforma para com os membros é a própria indicação de normas para regência da relação contratual a ser estabelecida entre eles, de forma que, a menos que os membros escolham realizar um contrato apartado entre si, as regras que regularão a relação entre eles são aquelas indicadas nos termos de serviço ora analisados.

Da análise contratual, depreende-se que a Plataforma *Airbnb* tem, essencialmente, duas funções na relação mantida com os membros: (a) regular e administrar o sistema da Plataforma, estabelecendo obrigações e responsabilidades para os usuários enquanto tal; e (b) estabelecer parâmetros para contratação entre membro-hóspede e membro-anfitrião. A análise, então, será realizada nesses dois eixos. É preciso ressaltar que este trabalho não tem pretensão de compreender, de forma pormenorizada, todas as normas decorrentes dos contratos firmados, mas apenas oferecer um panorama do complexo de obrigações e responsabilidades fixadas pelas partes.

2.1 Administração da plataforma

A administração da plataforma envolve, essencialmente, os seguintes aspectos: (a) formulação dos perfis de usuários envolvidos; (b) regras para criação da conta; (c) regras para criação e administração de conteúdo; (d) mecanismo de remuneração da plataforma; (e) proibições e sanções aos usuários.

Há dois perfis possíveis de usuários da *Airbnb*, assumidos por meio da criação de conta: hóspede e anfitrião. Membro-hóspede é o usuário que busca a *Airbnb* para realizar reservas, seja de acomodações, experiências ou eventos (AIRBNB, 2020a, cláusula 1.1), e membro-anfitrião é o usuário que oferece serviços na plataforma *Airbnb*, que podem incluir oferta de propriedades (Acomodações), atividades (Experiências) ou acesso a eventos (Eventos) (AIRBNB, 2020a, cláusula 1.1). Aos membros é permitida a publicação, envio, recebimento e armazenamento de conteúdos na plataforma (AIRBNB, 2020a, cláusula 5.1), sobre os quais serão exclusivamente responsáveis (AIRBNB, 2020a, cláusula 5.7).

Em relação aos membros/hóspedes a situação mais frequente de produção de conteúdo é a publicação de comentários a respeito das experiências vivenciadas em determinada reserva, enquanto em relação aos membros anfitriões é o próprio anúncio criado. A plataforma se reserva a prerrogativa de, sem aviso prévio, remover ou desabilitar acesso a qualquer conteúdo de membro que considere violação à lei, aos termos de serviço e que, em geral, possam ser prejudiciais à *Airbnb*, aos outros membros, a terceiros, pessoalmente ou a sua propriedade (AIRBNB, 2020a, cláusula 5.8). Ao criar ou inserir conteúdo na plataforma, o membro confere à *Airbnb* licença ampla para uso, modificação, exploração e outros (AIRBNB, 2020a, cláusula 5.5), o que não restringe quaisquer direitos que os membros possam ter sobre o conteúdo produzido. Ademais, se compromete a não realizar uma série de condutas em relação ao conteúdo coletivo, exceto nos limites em que dele for proprietário (AIRBNB, 2020a, cláusula 5.3). Especificamente no que tange ao conteúdo produzido pelo membro-anfitrião, a *Airbnb* pode oferecer a opção de que fotógrafos profissionais façam as fotos que constarão dos anúncios, que poderão indicar “foto verificada pela Airbnb.com” nas produções. O usuário concede à *Airbnb* licença para utilizar dessas imagens para os fins do negócio, sem notificação ou remuneração adicional (AIRBNB, 2020a, cláusula 5.6).

No que tange ao tópico da remuneração, podem ser adotadas duas estruturas de cobrança, a depender do formato da reserva: (a) taxa compartilhada entre anfitrião e hóspede; e (b) taxa apenas para anfitriões (AIRBNB, 2019b). O membro-anfitrião pode selecionar qual a qual das políticas irá aderir (AIRBNB, 2019b). Em geral, as taxas serão discriminadas pela plataforma ao

hóspede antes da reserva, e que poderão ser alteradas pela plataforma a qualquer momento, com antecedente notificação dos membros. (AIRBNB, 2020a, cláusula 6.1 e 6.2). Essas taxas são recolhidas pela *Airbnb Payments*, e não serão reembolsáveis, a menos que seja previsto pela plataforma (AIRBNB, 2020a, cláusula 6.3).

A *Airbnb* não se incumbe de monitorar o acesso e o uso da plataforma, mas tem prerrogativa de revisar, desabilitar o acesso ou editar conteúdo para garantir e melhorar a plataforma; garantir conformidade com as disposições contratuais; cumprir norma aplicável, incluindo lei ou decisão judicial; e para responder a conteúdo que considere danoso ou questionável. É obrigação dos usuários cooperar com a plataforma em qualquer das situações indicadas (AIRBNB, 2020a, cláusula 14.2).

Caso um usuário identifique alguma inadequação em relação ao comportamento de outro usuário, tem a obrigação de procurar as autoridades competentes e de informar a *Airbnb* do ocorrido (AIRBNB, 2020a, cláusula 14.3). Essas inadequações envolvem, em geral, comportamentos discriminatórios, violação de políticas de conteúdo, e, em relação estritamente à administração da plataforma, utilização de robôs e outros para coletar dados ou interagir com e na plataforma, além de tentar prejudicar o desempenho da mesma (AIRBNB, 2020a, cláusula 14.1).

A *Airbnb* tem poderes também para, em caráter sancionatório, recusar revelação, exclusão ou atraso nos anúncios, avaliações, comentários ou qualquer outro conteúdo; cancelamento de reservas confirmadas ou pendentes; limitação do acesso e do uso da plataforma; revogação temporária ou permanente de qualquer situação especial relacionada à conta, suspensão temporária ou permanente da conta e interrupção do acesso, em caso de delitos graves ou recorrentes (AIRBNB, 2020a, cláusula 15.5), sendo que, na última situação, o usuário não poderá criar uma nova conta (AIRBNB, 2020a, cláusula 15.7). Qualquer sanção será notificada ao usuário (AIRBNB, 2020a, cláusula 15.5)

Em essência, verifica-se que, a pretexto de administrar a plataforma, a *Airbnb* assume uma série de prerrogativas em relação ao pagamento, ao conteúdo e às inter-relações estabelecidas entre os usuários. Essas prerrogativas se voltam não só para manutenção do ambiente da plataforma, mas também para garantir que as partes, que por meio dela se conectam, não assumam obrigações fora da plataforma e, conseqüentemente, fora dos termos de serviço e das prerrogativas da *Airbnb*. Assim, passa-se à análise da segunda função desempenhada pela plataforma, a intermediação entre membro-hóspede e membro-anfitrião.

2.2 Intermediação entre membro-hóspede e membro-anfitrião

A *Airbnb* funciona também como intermediária do relacionamento entre membro-anfitrião e membro-hóspede, e atua fixando os parâmetros nos quais serão conduzidas a oferta e a reserva de acomodações, experiências e serviços, assim como os que serão aplicados à execução do acordado. Esses parâmetros incluem regras sobre: (a) realização, alteração, cancelamento e reembolso de reservas; (b) Central de Resolução de conflitos; (c) proibições e sanções aos usuários.

No que tange à reserva de acomodações, o membro-hóspede pode reservar um anúncio disponível na Plataforma se preenchidos os procedimentos estabelecidos pela *Airbnb* e/ou pelo membro-anfitrião (AIRBNB, 2020a, cláusula 8.1.1). A reserva constitui uma licença limitada concedida ao membro-hóspede pelo membro-anfitrião para “entrar, ocupar e utilizar a Acomodação pela duração de sua estadia” (AIRBNB, 2020a, cláusula 8.2.1). O hóspede se responsabiliza por suas ações, assim como as de todos aqueles que convidar para compartilhar a acomodação (AIRBNB, 2020a, cláusula 11.1) Assim que o tempo da reserva se encerrar, o membro-hóspede deverá deixar a acomodação (AIRBNB, 2020a, cláusula 8.2.2). O momento da saída (“*check-out*”) poderá ser especificado no anúncio ou acordado entre as partes (AIRBNB, 2020a, cláusula 8.2.2). A hipótese de “Estadia Prolongada” é regulada também pelos termos de serviço, e inclui o direito do membro-anfitrião de recuperar seu acesso ao imóvel, na forma prevista em lei (AIRBNB, 2020a,

cláusula 8.2.2), e o dever do membro-hóspede de arcar com Taxas de Estadia Prolongada, também fixadas nos termos de serviço e recolhidas pela *Airbnb Payments* (AIRBNB, 2020a, cláusula 8.2.2).

A reserva de experiências e serviços é feita de forma similar, adicionando-se a obrigação, por parte do membro, de informar ao membro-anfitrião qualquer circunstância que possa afetar a correta e segura execução do serviço, além da obrigação, para o membro-hóspede, de atender a todas as exigências impostas pelo membro-anfitrião, tanto no momento da reserva quando durante a execução dos serviços (AIRBNB, 2020a, cláusula 8.3.1 e 8.3.2). Na hipótese de alteração ou cancelamento de experiências ou serviços em virtude de situação climática que represente risco à segurança ou impedimento à execução, os membros/anfitriões poderão cancelar o serviço (AIRBNB, 2020a, cláusula 9.4).

Reservas podem ser alteradas ou canceladas pelas partes ou pela própria *Airbnb* (AIRBNB, 2020a, cláusulas 9.1 e 9.5). Na primeira hipótese, caso o autor da alteração ou cancelamento seja um membro-hóspede, aplicar-se-ão as determinações da política de cancelamento definida pelo membro-anfitrião, inclusive em matéria de reembolso (AIRBNB, 2020a, cláusula 9.2). A *Airbnb* regula também causas de "Força maior" (AIRBNB, 2019a), situações que, se demonstradas, podem aumentar o valor reembolsado em caso de cancelamento (AIRBNB, 2020a, cláusula 9.2). O reembolso também sofre alteração se o hóspede alegar ter sofrido um "Problema de Viagem" / "Questão negativa na viagem", que envolve, por exemplo, desde problemas para acessar a acomodação, inconsistências entre o anúncio e a acomodação e condições gerais de insegurança (AIRBNB, 2019c).

Caso o autor da alteração ou do cancelamento seja um membro-anfitrião, o membro-hóspede receberá reembolso total pela reserva (AIRBNB, 2020a, cláusula 9.3). Nessa hipótese, a *Airbnb* tem a prerrogativa de manter indisponíveis as datas da reserva cancelada, publicar um comentário indicando que a reserva foi cancelada, e impor uma taxa de cancelamento, que só será afastada se demonstrada causa de "força maior" (AIRBNB, 2019a) (AIRBNB, 2020a, cláusula 9.3).

A *Airbnb* retém a prerrogativa de, a seu exclusivo critério, cancelar, manter pendente, ou confirmar uma reserva e iniciar o seu devido pagamento ou reembolso pela *Airbnb Payments* (AIRBNB, 2020a, cláusula 9.5) quando identificar que isso seja necessário para evitar prejuízos à *Airbnb*, a membros, terceiros ou à propriedade, além de qualquer outra hipótese prevista nos termos de serviço (AIRBNB, 2020a, cláusula 9.5).

O membro-hóspede tem obrigação de deixar a propriedade do membro-anfitrião como a recebeu, e poderá ser responsabilizado por quaisquer danos que tenha pessoalmente causado, assim como danos causados por terceiros por ele convidados (AIRBNB, 2020a, cláusula 11.1). Questões envolvendo danos às acomodações e outros litígios entre membros poderão ser resolvidos pela Central de Resoluções. No caso de dano à acomodação, ou qualquer outra solicitação de pagamento feita por Anfitrião sob a Garantia ao Anfitrião da *Airbnb*, o membro anfitrião poderá encaminhar uma "Reivindicação de danos" para a *Airbnb*, e o hóspede terá oportunidade de responder: caso concorde, ou a *Airbnb* determine que há responsabilidade do hóspede, o valor correspondente poderá ser cobrado pela *Airbnb Payments* ou descontado de eventual depósito de segurança (AIRBNB, 2020a, cláusula 11.2).

A *Airbnb* estabelece algumas proibições que envolvem a relação entre membro-anfitrião e membro-hóspede, como o oferecimento de acomodação que não pertença pessoalmente ao anfitrião, ou que este não tenha permissão para disponibilizar; reserva de anúncio para terceiro; solicitar, fazer ou aceitar reserva independentemente da *Airbnb*, para contornar taxas de serviço, por exemplo; solicitar aceitar ou fazer qualquer pagamento de taxa de anúncio fora da plataforma *Airbnb*, atitudes discriminatórias, e outras (AIRBNB, 2020a, cláusula 14.1). Dentre as sanções possíveis estão algumas que afetam diretamente as reservas realizadas, como, por exemplo, o cancelamento de reservas confirmadas ou pendentes e a recusa à revelação, exclusiva ou atraso de quaisquer anúncios, avaliações, comentários ou outros conteúdos do membro (AIRBNB, 2020a, cláusula 15.5).

3 ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS FIRMADOS NO CONTEXTO DA PLATAFORMA *AIRBNB*

A relação submetida à presente análise caracteriza-se, como já explorado, pela regência de diversos instrumentos contratuais, ao menos três partes relevantes (plataforma, anfitrião e hóspede) e uma série de prestações e prerrogativas recíprocas. Todos esses instrumentos estão, todavia, claramente interconectados, podendo ser qualificados como contratos coligados.

Para configuração de um contrato coligado são necessários “(i) pluralidade de contratos, não necessariamente celebrados entre as mesmas partes; (ii) vínculo de dependência unilateral ou recíproca” (MARINO, 2009, p. 99).

A pluralidade contratual é elemento de especial interesse no caso da *Airbnb*. Há, como já analisado no capítulo 2, a relação contratual firmada entre usuário e plataforma por meio dos Termos de Serviço. Esse termo é objeto de consentimento tanto do hóspede quanto do anfitrião, e constitui o centro da relação que se firma entre os dois como usuários da plataforma. Todavia, esse mesmo termo indica que, quando se recebe uma confirmação de reserva, forma-se um contrato entre o hóspede e o anfitrião (AIRBNB, 2020a, cláusula 8.1.2). É possível visualizar-se, então, três relações contratuais: entre membro-anfitrião e plataforma, entre membro-hóspede e plataforma e entre membro-anfitrião e membro-hóspede. Apesar do foco do presente trabalho envolver somente as duas primeiras, é inegável a existência e interrelação desses três ajustamentos.

O vínculo de dependência pode ser identificado tanto no desenho das relações travadas na plataforma, quanto pela relação estabelecida entre os Termos de Serviço e o contrato firmado quando da realização da reserva. Fica claro, das exposições do capítulo 2, que a *Airbnb* regula a plataforma, estabelecendo forma de cadastro, de produção de conteúdo e interação de membros. Porém, vai além, e determina também regras a serem seguidas quando do travamento da relação contratual entre membros. Nesse sentido, os termos de serviço comportam-se em relação ao contrato firmado entre as partes como “contrato-mãe”, “cuja finalidade é determinar as regras gerais e traçar a moldura da operação” (MARINO, 2009, p. 108), funcionando como meio hábil à consecução do resultado econômico-social almejado pela operação (MARINO, 2009, p. 132). É tanto que nem é necessário que as partes concluam um contrato autônomo entre si, apesar de terem essa prerrogativa, pois as dimensões do negócio jurídico estabelecido entre elas já foram amplamente reguladas pelos Termos de Serviço.

De saída é possível verificar também que os instrumentos ora analisados não constituem negócios jurídicos simples, mas sim complexos, havendo clara pluralidade subjetiva e objetiva. A complexidade na pluralidade subjetiva verifica-se não só pela pluralidade de sujeitos na relação contratual, mas quando estes sujeitos se comprometem a prestações “intimamente ligadas em todo econômico” (MARINO, 2009, p. 109), enquanto a complexidade na pluralidade objetiva qualifica-se pela existência de prestações múltiplas, que correspondem a diversos tipos contratuais distintos (MARINO, 2009, p. 111). Esses elementos estão presentes na relação analisada, vez que plataforma, anfitriões e hóspedes ligam-se por uma série de prestações recíprocas, orientadas conjuntamente pelo fim comum de reunir oferta e demanda com reduzidos custos de transação.

Reconhecido o caráter coligado e complexo dos contratos analisados, importa ressaltar que esta condição pode implicar derrogação dos regimes jurídicos aplicáveis aos contratos individualmente considerados:

Diante de uma coligação, é preciso indagar se o contrato coligado, apesar de passível de recondução ao conceito do tipo previsto em lei, não se diferencia do tipo empírico subjacente à regulação legislativa. Nessa

hipótese, não obstante a possibilidade de qualificar o contrato *in concreto* como pertencente ao tipo em questão, justifica-se a inaplicabilidade de parte da regulação a ele correspondente (MARINO, 2009, p. 182).

Apesar da conclusão pela natureza coligada dos contratos, ainda é relevante a análise em concreto dos tipos contratuais envolvidos, pois, ainda que ocorra derrogação do regime jurídico, por força da ponderação valorativa demandada por este formato de negócio jurídico, permanece a necessidade de identificar qual regime deverá prevalecer e ser aplicado no caso. Assim, a investigação buscará a identificação do regime jurídico aplicável à relação firmada entre Plataforma e membro-anfitrião, e entre a Plataforma e membro-hóspede, como consumerista ou civil.

Os principais elementos que distinguem esses dois possíveis regimes, essenciais à caracterização de cada um deles, são: a qualidade das partes, que qualifica as partes contratantes como consumidores/fornecedores ou não; o objeto do contrato, qualificado legalmente como "produto" ou "serviço". Esses dois elementos estão intrinsecamente relacionados, de forma que "não se sustentam por si mesmos, nem podem ser tomados isoladamente" (MIRAGEM, 2010, p. 84).

A análise proposta deve ser precedida de uma breve indicação dos índices diferenciadores do regime jurídico consumerista e do regime cível. O direito privado, atualmente, divide-se em três partes:

um direito geral, o direito civil, e dois direitos especiais, o direito comercial, ou direito da empresa, voltado para as relações entre empresas e fornecedores, e o direito do consumidor, voltado para proteção deste sujeito mais débil ou vulnerável: o consumidor (MARQUES, 2011, p. 301).

Ou seja, o regime jurídico cível acaba tendo posição residual no que tange à comparação entre os dois regimes especiais possíveis, de forma que o raciocínio se desenvolve no sentido de identificar, nos elementos dos contratos analisados, indícios de natureza consumerista. Se verificada ausência dos mesmos, a conclusão será pelo regime geral do direito civil. Observa-se que não é objetivo do presente trabalho discutir a posição das empresas que eventualmente se insiram nas relações contratuais estudadas, contratando com a Plataforma *Airbnb* pela prestação dos serviços desta. Logo, a conclusão pela não caracterização do regime consumerista imediatamente atrairá a caracterização do regime como cível. Portanto, nos próximos dois títulos buscar-se-á individualizar os elementos que indicariam a natureza consumerista.

3.1 O elemento subjetivo: consumidor vulnerável e fornecedor no contrato consumerista

O elemento subjetivo como diferenciador dos regimes consumerista e civil tem natureza legal, e impõe-se sobre qualquer contrato cuja configuração possa ser subsumida à definição fornecida pelos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Consumidor, por determinação do art. 2º do CDC, será "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". O Código propõe ainda situações nas quais indivíduos que não se enquadram estritamente nesta definição serão equiparados a consumidores (ex. arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29, CDC). Essa equiparação, todavia, é em geral feita em contextos que não envolvem partes em uma relação contratual, mas indivíduos que foram, de alguma forma, afetados por uma. Esse instituto torna-se especialmente relevante na medida em que nem todos os indivíduos que se hospedam na acomodação disponibilizada pelo anfitrião precisam ter contas na plataforma *Airbnb*, pelo que é possível que, da relação triangular entre membros e plataforma possa advir dano a terceiro (ex. convidado pelo hóspede).

O conceito de destinatário final é desafiador. Em geral, é possível indicar que o destinatário final é aquele que: a) retira o bem do mercado (destinatário final fático); b) e, ao fazê-lo, coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) (MARQUES, 2011, p. 344); c) marcado pela vulnerabilidade, que desequilibra a relação contratual de forma desfavorável ao sujeito

(MARQUES, 2011, p. 323). O conceito de destinatário final é indissociável do conceito de vulnerabilidade, pois o Direito do Consumidor se estruturou sobre a finalidade de proteger e equilibrar a relação contratual (MARQUES, 2011, p. 323).

Para fins de melhor delinear o conceito de destinatário final importa indicar sob quais condições um agente que adquire ou utiliza produto ou serviço, em decorrência de relação contratual, não seria o destinatário final daquele produto ou serviço. Nessa esteira, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça delimitou a teoria finalista mitigada. Nos acórdãos em que foi aplicada, como o RESP nº 1.132.642/PR, entendeu-se que o consumidor intermediário, que reinsere no mercado o serviço ou produto adquirido, pode ser caracterizado como consumidor se demonstrar vulnerabilidade na relação estabelecida com o fornecedor do produto ou serviço, sendo, então, o direito do consumidor “o direito do contratante hipossuficiente à tutela diferenciada” (p. 16).

Essa vulnerabilidade pode ser especificada em quatro tipos: a) técnica; b) jurídica; c) fática; d) informacional (MARQUES, 2011, p. 323-324). Na vulnerabilidade técnica, presumida no caso dos consumidores não profissionais, “o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está sendo adquirido (...) o mesmo ocorrendo em matéria de serviços” (MARQUES, 2011, p. 324). A vulnerabilidade jurídica, também presumida para o consumidor não profissional, decorre da falta de conhecimentos específicos de direito, contabilidade ou economia, de forma que o fornecedor passa a ter uma série de deveres, como os de informação e clareza, como tentativa de mitigar os potenciais efeitos lesivos desta disparidade (MARQUES, 2011, p. 328). A vulnerabilidade fática decorre de concentração de poder no polo do fornecedor, seja em decorrência de poder econômico, seja da essencialidade do produto ou serviço prestado (MARQUES, 2011, p. 331). Por fim, a vulnerabilidade informacional, também presumida, surge da vulnerabilidade técnica, mas dela se diferencia, pois que a informação implica divisão dos riscos entre as partes (MARQUES, 2011, p. 337). Observe-se que, já na esteira da teoria finalista mitigada, apesar das presunções estabelecidas em favor do consumidor não profissional, não se afasta a possibilidade de demonstração, por parte de consumidores profissionais, das condições contextuais de vulnerabilidade, de forma a atrair para si a condição de consumidor, e, conseqüentemente, a proteção da legislação consumerista.

Noutro giro, o conceito de fornecedor deriva do art. 3º do CDC, e inclui:

toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O conceito amplo conferido pelo artigo também gera debate. Há na doutrina quem sustente a interpretação de que o fornecedor também seria, necessariamente, profissional, que exercesse a atividade em questão de forma habitual, com caráter econômico, no mercado de consumo (MIRAGEM, 2010, p. 98-100). O caráter profissional da atividade prestada é elemento que pode ser inferido da vulnerabilidade técnica presumida do consumidor (MIRAGEM, 2010, p. 99), e a ele está associada a habitualidade, demonstrada pelo termo “atividades”, que confere às condutas do sujeito sob análise um caráter contínuo (MARQUES, 2011, p. 409). O interesse econômico também está atrelado à atividade profissional, lembrando, no entanto, que tal interesse não se resume ao lucro, basta a remuneração (MIRAGEM, 2010, p. 99), seja ela direta, existindo obrigação de pagamento a sujeito identificável, ou indireta, quando o valor correspondente à remuneração é diluído “no preço de todos” (MARQUES, 2011, p. 408-409).

3.2 O elemento objetivo: produto ou serviço

O CDC também indicou quais seriam os objetos que, se presentes, indicariam a natureza consumerista da relação contratual. Produto, nos termos do art. 3º, §1º, é “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, enquanto serviço é, nos termos do parágrafo seguinte:

qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitárias, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

É de se ressaltar que a remuneração, mencionada também como componente do elemento subjetivo, relaciona-se com o elemento objetivo do contrato. A contraprestação pelos serviços ou produtos pode ser direta ou indireta. A remuneração direta é mais facilmente identificada, na medida em que o preço é pago direta e imediatamente pelo consumidor ao fornecedor (MIRAGEM, 2010, p. 120). A remuneração indireta é conceito aprovado pela doutrina, e parte da premissa que “toda atuação do fornecedor no mercado de consumo tem por objetivo a obtenção de vantagem econômica” (MIRAGEM, 2010, p.120). O diferencial da remuneração indireta é o “modo como esta vantagem será obtida e a que tempo” (MIRAGEM, 2010, p. 120): pode-se agregar a um serviço ou produto pago uma outra vantagem gratuita; ou ainda quando o custo da facilidade concedida é diluído em valores pagos pelos demais consumidores (MARQUES, 2011, P. 409).

A definição de produto ou serviço, para os fins que se propõe o presente trabalho, não apresenta grandes dilemas doutrinários, de forma que a definição legal será suficiente à condução para a etapa seguinte. Observa-se, todavia, que o papel do elemento objetivo na distinção do regime jurídico das relações contratuais analisadas é menos claro do que o do elemento subjetivo. Enquanto é possível que um contrato submetido ao regime comum tenha por objeto algo que pode ser considerado produto ou serviço nos termos da diferenciação proposta pelo CDC, se for verificado que as partes de uma relação contratual reúnem em si as características correspondentes, respectivamente, ao consumidor e ao fornecedor, a incidência do regime consumerista será imediata.

3.3 O regime jurídico do contrato firmado entre membro-hóspede e Airbnb

De início, pode-se afirmar que o objeto do contrato firmado entre membro-hóspede e *Airbnb* é prestação de serviço, especificamente de disponibilizar a plataforma, de indicar as condições para o acesso à mesma, e as autorizações de cada um dos perfis existentes. Analisando a questão em termos remuneratórios, o serviço disponibilizado de criação e administração de conta é, a princípio, gratuito, pois é possível a criação de conta de usuário sem que se pague taxas à Plataforma. Todavia, o custo do desenvolvimento e manutenção do sistema evidentemente é suportado pela *Airbnb*, com os valores recebidos a título de taxas, de forma que a remuneração existe, mas é indireta.

Como indicado no capítulo 2, a Plataforma é responsável não só pela manutenção do sistema no qual estão as contas e o conteúdo dos membros, mas também por realizar a intermediação entre membro-hóspede e membro-anfitrião. Essa função também se enquadra no conceito de serviço positivado no CDC, pois qualifica-se como atividade, realizada pela Plataforma, e inserida no mercado de consumo. Em relação a este serviço fica mais clara também a remuneração, pois que direta, realizada por meio de taxas cobradas do anfitrião e do hóspede em conjunto, quando da realização de uma reserva. É possível também que as taxas sejam cobradas exclusivamente do anfitrião, hipótese na qual a remuneração pelo serviço prestado também seria indireta.

Por fim, é preciso passar à análise do elemento subjetivo. O membro-hóspede pode ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica, como indicado no capítulo 2.2.1., e utiliza o serviço prestado pela Plataforma *Airbnb*. Ao fazê-lo, ele coloca um fim na cadeia de consumo daquele serviço, pois não poderá funcionar como intermediário, transferindo sua conta para terceiro, sob pena de se responsabilizar por qualquer ato realizado por quem venha a ser o destinatário final nessa hipótese. Dessa forma, o membro-hóspede é, simultaneamente, destinatário final fático e destinatário final econômico do serviço prestado pela plataforma.

Em termos de vulnerabilidade, o fato de se tratar de contrato eletrônico de adesão, contribui substancialmente para caracterização deste elemento. O meio digital carrega consigo uma série de dificuldades adicionais, especialmente em termos de alfabetização digital, que tornam o sujeito que utiliza determinado serviço consideravelmente prejudicado em questões técnicas. Juridicamente, o

contrato estabelecido pelas partes se encarrega da atribuição de direitos e responsabilidades sobre a atuação do sujeito na plataforma, por exemplo, sobre o conteúdo produzido, que nem sempre são claras aos leigos, evidenciando vulnerabilidade jurídica. Ademais, a Plataforma *Airbnb* é claramente um centro de concentração de poder econômico na relação firmada, devido a sua posição dominante no mercado, conquistada em decorrência de seu caráter inovador. Por fim, percebe-se um esforço da plataforma para reduzir a vulnerabilidade informacional, especialmente por meio da redução de alguns dos termos de uso a páginas virtuais em texto de compreensão mais simplificada, mas não a ponto de afastar completamente o estado vulnerável do usuário.

Sendo assim, pode-se concluir que o regime jurídico dos contratos firmados entre membro-hóspede e plataforma é consumerista, e o contrato em questão é de prestação de serviços, sejam eles de administração da plataforma, sejam de intermediação da relação firmada entre membro-hóspede e membro-anfitrião.

3.4 O regime jurídico do contrato firmado entre membro-anfitrião e Airbnb

Já no que tange ao regime jurídico do contrato firmado entre membro-anfitrião e plataforma, além de se servir da análise dos elementos indicados nos capítulos 3.1 e 3.2, se partirá das diferenças essenciais entre as figuras do anfitrião e do hóspede, especificamente no que tange ao elemento subjetivo.

O objeto do contrato firmado entre membro-anfitrião e *Airbnb* também é de prestação de serviços, especificamente o de disponibilizar a plataforma, e de intermediar as relações entre membro-hóspede e membro-anfitrião. Do mesmo modo como ocorre no caso do contrato firmado entre membro-hóspede e plataforma, a disponibilização do sistema é feita de forma, a princípio, gratuita, mas os custos de desenvolvimento e manutenção são suportados pelas taxas pagas por outros usuários quando da realização de reservas, de forma que se inclui na categoria de remuneração indireta. A remuneração no caso da atividade de intermediação é direta, podendo ser arcada exclusivamente pelo anfitrião, ou por este e o hóspede.

Todavia, neste caso também a qualificação do objeto como serviço, conceituado dentro da legislação consumerista, não é índice suficiente ao afastamento do regime cível. É preciso ainda proceder à análise do elemento subjetivo.

O membro-anfitrião também pode ser pessoa física ou jurídica, então não seria este um empecilho à qualificação dele como consumidor. Todavia, é difícil a caracterização do anfitrião como destinatário final do serviço prestado pela Plataforma, especialmente no que tange ao serviço de intermediação entre usuários. A criação da conta na plataforma, a criação e disponibilização de conteúdo tem por finalidade, da parte do membro-anfitrião, a oferta pública de uma acomodação, evento ou experiência. Dessa forma, o membro-anfitrião seria um consumidor profissional, e sua proteção sob o regime consumerista depende, então, da adoção ou não da teoria finalista mitigada, explicada no tópico 3.1.

Para verificação da vulnerabilidade, elemento hábil à atração da proteção consumerista, é preciso analisar as condições concretas do membro-anfitrião. Isso pois, como indicado no item 1, há numerosos casos nos quais se verificou a ocorrência de anfitrião com múltiplas propriedades, qualificando negócios milionários, ao passo que a proposta inicial da plataforma era inserção no mercado de espaços ociosos em propriedades unitárias. Sendo possíveis ambas as realidades na plataforma, é inapropriado rejeitar ou cimentar a posição do hóspede como consumidor dos serviços prestados pela *Airbnb*. Se verificados os elementos que apontam para vulnerabilidade como demonstrados no tópico 3.1, é adequada aplicação da teoria finalista mitigada, atraindo o regime consumerista para a relação estabelecida entre membro-hóspede e plataforma.

- AIRBNB NEWSROOM. About us. *Airbnb*. Disponível em: <<https://news.airbnb.com/about-us/>>. Acesso em 07 ago. 2020.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1.132.642/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 05 ago. 2010. Publicado em 18 nov. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=961592&num_registro=200900626081&data=20101118&formato=HTML>. Acesso em 27 jul. 2020.
- CARSON, Biz. Airbnb busca estratégias novas para crescer mais. *Forbes*. 4 mar.2019. Disponível em: <<https://forbes.com.br/negocios/2019/03/airbnb-busca-estrategias-novas-para-crescer-mais/>>. Acesso em 30 nov. 2019.
- CBINSIGHTS. The complete list of Unicorn Companies. *The Global Unicorn Club*. Disponível em: <<https://www.cbinsights.com/research-unicorn-companies>>. Acesso em 07 ago. 2020.
- CHOUDARY, Sangeet Paul. Why business models fail: pipes v. platforms. *Pipes to Platforms*. Disponível em: <<http://platformed.info/why-business-models-fail-pipes-vs-platforms/>>. Acesso em 17 set.2019.
- DOGRU, Tarik et al. Airbnb 2.0: Is it a sharing economy platform or a lodging corporation? *Tourism Management*, v. 78, p. 104049, 2020.
- FERRÉ-SADURNI, Luis. Inside the rise and fall of a multimillion-dollar Airbnb scheme. *The New York Times*. Publicado em 23 fev. 2019. Disponível em:<<https://www.nytimes.com/2019/02/23/nyregion/airbnb-nyc-law.html>>. Acesso em 27 jul. 2020.
- GAVIOLI, Allan. Airbnb anuncia IPO para 2020 com valuation de US\$31 bilhões. *Infomoney*. 20 set. 2019. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/negocios/airbnb-anuncia-ipo-para-2020-com-valuation-de-us-31-bilhoes/>>. Acesso em 08 ago. 2020.
- HENTEN, Anders Hansen; WINDEKILDE, Iwoana Maria. Transaction costs and the sharing economy. *Emerald Grup Publishing Limited: Bingley*, v. 18, nº 1, 2016.
- KENNEY, Martin; ZYSMAN, John. The rise of the platform economy. *Issues in science and technology*. National Academy of Sciences, Engineering, and Medicine of the University of Texas at Dallas: Arizona, 2016, pp. 61-69.
- KENTON, Will. Peer-to-peer (P2P) Service. *Investopedia*. 2019. Disponível em: <<https://www.investopedia.com/terms/p/peertopeer-p2p-service.asp>>. Acesso em 17 set. 2019.
- KERR, Dara. Airbnb yanks 923 listings in San Francisco. *Cnet*. Publicado em 17 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.cnet.com/news/airbnb-yanks-923-listings-in-san-francisco-one-host-one-home/>>. Acesso em 27 jul. 2020.
- LANE, Jamie; WOODWORTH, R. Mark. *Hosts with multiple units - a key driver of Airbnb growth*. CBRE: Los Angeles, 2017.
- LOPES, Christian Sahb Batista; SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. Contratos Eletrônicos. In PARENTONI, Leonardo (Coord). *Direito, tecnologia e inovação*. Vol. I. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 373-394.
- LOUDENBACK, Tanza. Los Angeles is finally regulating Airbnb stays - here's what the new short-term rental law means for hosts and travelers. *Business Insider*. Publicado em 12 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.businessinsider.com/airbnb-vrbo-regulations-los-angeles-what-it-means-for-hosts-renters-2018-5>>. Acesso em 27 jul. 2020.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2011.

MERRIAM-WEBSTER. The Billion-Dollar Unicorn: This kind actually exists. *Words we're watching*. Março, 2018. Disponível em: <<https://www.merriam-webster.com/words-at-play/unicorn-words-were-watching>>. Acesso em 07 ago. 2020.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2010

SCHNEIDERMAN, Erik T. Airbnb in the City. State of New York's Research Department and Internet Bureau - *Attorney General of the State of New York*. 2014. Disponível em: <<http://www.ag.ny.gov/pdfs/AIRBNB%20REPORT.pdf>>. Acesso em 19 mai.2020.

SCHOR, Juliet B.; FITZMAURICE, Connor J. Collaborating and connecting: the emergence of the sharing economy. In: *Handbook of research on sustainable consumption*. Edward Elgar Publishing, 2015.

SCHOR Julia. Debatendo a economia do compartilhamento. In. *Economias do Compartilhamento e o Direito*. Rafael A. F. Zanatta; Pedro C. B. de Paula; Beatriz Kira (Org). Curitiba: Juruá, 2017, pp. 21-40.

STEMLER, Abbey. The myth of the sharing economy and its implications for regulating innovation. *Emory Law Journal*. Vol. 67, 2017.

ZANATTA, Rafael A. F. Economias do Compartilhamento: Superando um problema conceitual. In. *Economias do Compartilhamento e o Direito*. Rafael A. F. Zanatta; Pedro C. B. de Paula; Beatriz Kira (Org). Curitiba: Juruá, 2017, pp. 79-106.

A EFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA NO COMBATE E PREVENÇÃO À ALIENAÇÃO PARENTAL

*THE EFFECTIVENESS OF SHARED CUSTODY IN THE COMBAT AND PREVENTION OF
PARENTAL ALIENATION*

Lorena Alvarenga Costa

Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada.

RESUMO: O divórcio se tornou uma realidade corriqueira na sociedade, mas quando existem filhos menores no núcleo familiar, a questão se torna complexa. A criança ou adolescente deve ser protegido, para que o rompimento conjugal tenha o mínimo impacto possível em sua vida. Entretanto, ao revés, constata-se que após a dissolução conjugal, o menor pode ser vítima de atos de alienação parental, com o propósito de distanciar um dos genitores, em notória violação a primazia dos interesses do menor e o seu direito constitucional a convivência familiar. Diante deste fato, o presente estudo, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, analisa o instituto da guarda compartilhada e sua efetividade no combate e prevenção à alienação parental.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil, Família, Guarda compartilhada, Alienação Parental.

ABSTRACT: The divorce has become a commonplace reality in society, but when it involves underage children in the nuclear family, the issue becomes complex. The child or adolescent must be protected, so the marital break-up has the least possible impact on his/her life. However, after the marital dissolution, it is observed that underage children can be victim of parental alienation, with the purpose of distancing one of the parents, in a clear violation of the primacy of the interests of the underage children and his/her constitutional right to family coexistence. Given this fact, the present study, using the hypothetical-deductive method, analyzes the institute of shared custody and its effectiveness in combating and preventing parental alienation.

KEYWORDS: Civil Law, Family, Shared custody, Parental Alienation.

Submetido em setembro de 2020. Aprovado em dezembro de 2021.

INTRODUÇÃO

A dissolução de um vínculo matrimonial é um momento delicado para todos os envolvidos, principalmente quando há um alto grau de litigiosidade. Em um processo de divórcio, que pode ser extremamente estressante para as partes, devido as mágoas e ressentimentos pelo fim da união, muitas vezes os cônjuges se esquecem que o está se encerrando é o vínculo de conjugalidade e não o vínculo de parentalidade, sendo os direitos dos menores desprezados.

Neste cenário, após o rompimento dos vínculos conjugais, os filhos são utilizados como um instrumento de poder, dando ensejo a prática de atos de alienação parental em desfavor do menor, trazendo diversas consequências negativas graves.

O problema que o artigo enfrentará consiste em definir se o regime da guarda compartilhada pode impedir ou diminuir significativamente os casos de alienação parental no núcleo de famílias com genitores divorciados.

O objetivo deste trabalho consiste em delimitar os elementos essenciais para o êxito da prática da alienação parental e averiguar se os direitos advindos com a guarda compartilhada têm o condão de impedir ou reduzir o abuso moral em desfavor da criança ou adolescente.

Justifica-se este estudo na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro, após a emenda constitucional 66/2010, autorizou a dissolução do vínculo matrimonial de forma direta no país, desburocratizando o instituto do divórcio e o harmonizando com a fluidez dos relacionamentos atuais. Como consequência dessa facilidade para a dissolução do vínculo conjugal, houve um aumento constante do número de divórcios no país, inclusive em relação a casais com filhos menores, e, por conseguinte, a questão da guarda dos filhos e da alienação parental se tornaram temas relevantes para a sociedade.

Ademais, devido as graves consequências da alienação parental, que afeta de forma negativa a relação paterno ou materno-filial e, ainda, prejudica a formação psicológica e emocional da criança e adolescente, é essencial adotar medidas, sempre que possível, para que se afaste a possibilidade deste abuso moral.

O estudo terá como marco teórico a premissa de que o menor é o bem maior a ser preservado sempre, sustentada por Guilherme Gonçalves Strenger, no livro *Guarda de Filhos*, da Revista dos Tribunais, ano 1991.

Para se analisar o problema, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, realizando uma pesquisa bibliográfica sobre o tema, a partir dos conceitos estabelecidos em doutrinas e legislação específica.

Dessa forma, no segundo capítulo, apresenta-se a evolução do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, evidenciando que a desburocratização culminou em um número maior de divórcios no país.

Em seguida, no terceiro capítulo, é realizada uma breve análise histórica do instituto da guarda de menores no ordenamento vigente, destacando-se, o avanço no que se refere a regra atual.

No quarto capítulo, trata-se do instituto da alienação parental, sua definição, tratamento jurídico e salienta-se a gravidade da prática deste abuso moral.

Ato contínuo, no quinto capítulo, analisa-se a eficácia do regime da guarda compartilhada em impedir ou dificultar a prática da alienação parental.

Por fim, diante do estudo realizado, conclui-se com a confirmação da hipótese apresentada, sendo o regime da guarda compartilhada eficaz para impedir ou reduzir os casos de alienação parental em núcleos de família com genitores divorciados, priorizando os direitos e interesses da criança e adolescente.

1 A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL NO ORDENAMENTO PÁTRIO

O casamento é uma das tradições mais antigas da humanidade e sua forma monogâmica se iniciou nos primórdios da cultura judaico-cristã.

Por muitos séculos, a instituição foi tratada como uma forma de estabelecer alianças políticas ou militares, ou ainda laços econômicos, sendo que o matrimônio era definido pelos líderes do grupo familiar, onde o consenso dos noivos era irrelevante.

Inicialmente, a regra no ordenamento brasileiro era a indissolubilidade do vínculo matrimonial, como preceituava a Constituição do Império de 1934. As hipóteses de rompimento da sociedade conjugal eram previstas em um rol taxativo, consoante o artigo 315 do Código Civil de 1916, a saber: a morte de um dos cônjuges, a nulidade ou anulabilidade do casamento e o desquite.

É importante ressaltar que o desquite apenas encerrava a sociedade conjugal, com a separação de corpos e bens, mas não extinguiu o vínculo matrimonial. Dessa forma, não era juridicamente possível contrair um novo casamento para os chamados desquitados.

Apenas no ano de 1977 houve uma gradual evolução no assunto. A Lei do Divórcio (lei nº 6.515/1977) regulamentou o instituto do divórcio no ordenamento pátrio, revogando o preceito constitucional da indissolubilidade do vínculo matrimonial.

A dissolução do casamento passou a ser possível, porém existiam uma série de requisitos, especialmente temporais, para a concretização desse rompimento. A separação substituiu o desquite e se tornou uma etapa intermediária no processo e, assim, apenas após prévia separação judicial, por mais de três anos, ou prévia separação de fato, por mais de cinco anos, é o que o divórcio poderia ser requerido, frisa-se, apenas uma única vez.

Dessa forma, existia o sistema dualista no ordenamento pátrio, no qual a separação finalizava a sociedade conjugal, enquanto o divórcio dissolvia o vínculo matrimonial.

Esse sistema foi extinto apenas com a emenda constitucional 66/2010 que, enfim, instituiu o divórcio direto no Brasil. Nesse sentido, foi suprimido o requisito de prévia separação e o casamento pode ser dissolvido diretamente pelo divórcio, sem qualquer espera de tempo, o que significou um notório avanço no assunto.

Ressalta-se que essa alteração legislativa se harmonizou com a visão atual da sociedade em relação aos relacionamentos amorosos. Atualmente, a união entre um casal não é mais vista como um laço eterno, mas, nas palavras do sociólogo Zygmunt Bauman:

Como coisas a serem consumidas, não produzidas; estão sujeitos aos mesmos critérios de avaliação de todos os outros objetos de consumo. No mercado consumidor, produtos ostensivamente duráveis são oferecidos por um 'período de teste' e a devolução do dinheiro é prometida se o comprador não estiver satisfeito. Se um parceiro é visto nestes termos, então não é mais tarefa de ambos os parceiros 'fazer o relacionamento funcionar' – fazê-lo funcionar nas boas e nas más situações, ajudar um ao outro ao longo dos trechos bons e ruins, podar, se necessário, as próprias preferências, fazer acordos e sacrifícios pelo bem da união duradoura. Em vez disso, é uma questão de obter satisfação com

um produto pronto para ser usado; se o prazer derivado dele não se equipara ao padrão prometido e esperado ou se a novidade diminui gradualmente com a alegria, não existe razão para ficar com o produto inferior ou mais velho, ao invés de encontrar outro, `novo e melhorado`, na loja. (BAUMAN, 2008, p. 199)

O sociólogo, em sua teoria da sociedade líquida, traz a ideia de uma vida líquida, fazendo referência ao fato dos líquidos não se manterem em uma forma fixa, constantemente se alterando e se moldando ao recipiente em que forem inseridos.

Nesse sentido, os relacionamentos amorosos atuais são intensos e exíguos, ao mesmo tempo que rapidamente as pessoas constituem família, na mesma velocidade os relacionamentos terminam, sendo os laços afetivos e parcerias descartáveis.

A desburocratização e facilidade da dissolução do vínculo patrimonial, juntamente com essa realidade de pensamento na sociedade, naturalmente aumentou o número de divórcios no país. No ano de 2011, logo após a introdução do divórcio direto, houve um aumento de 45,6% do número de divórcios em relação ao ano anterior, segundo levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

E esse número elevado de divórcios se manteve nos anos posteriores. A título de exemplo, no ano de 2018, foram concedidos 385.246 divórcios em primeira instância ou por escrituras extrajudiciais no Brasil. Salienta-se que, dentre os divórcios judiciais, 46,6% ocorreram entre as famílias constituídas somente com filhos menores de idade, segundo levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Dessa forma, fato é que com a desburocratização para a dissolução do matrimônio houve um aumento constante do número de divórcio no país, e, conseqüentemente, a questão da guarda dos filhos menores e da alienação parental se tornaram temas de destaque e discussões relevantes.

2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA DOS MENORES

No ordenamento pátrio, o instituto da guarda dos menores foi inicialmente regulado pelo Código Civil de 1916, em seus artigos 325 a 328, que traziam regras diferentes dependendo do tipo de desquite.

Caso o desquite fosse amigável, a guarda dos filhos era definida pelo acordo entre os genitores. Lado outro, em casos de desquite judicial, havia três possibilidades, (i) se existe um cônjuge inocente, esse seria o guardião dos filhos menores; (ii) se ambos os cônjuges fossem culpados pela dissolução conjugal, os filhos deveriam permanecer com a mãe; e, por fim, (iii) nesse último caso, o juiz poderia decidir diferente, caso visualizasse algum prejuízo de cunho moral aos menores.

A Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977), apesar de ter revogado os artigos mencionados, simplesmente replicou o conteúdo das regras, não acrescentando nenhuma inovação significativa no instituto.

Assim, por muitas décadas, a guarda unilateral era a regra do ordenamento brasileiro, sendo o critério da culpa pelo fim da união do casal utilizado para definir a guarda dos filhos menores quando não havia consenso entre os pais. Ademais, havia uma expressa preferência pela mãe, devido a visão arcaica de que a genitora era sempre a mais indicada para cuidar dos filhos, enquanto o pai era o responsável pela parte financeira do núcleo familiar.

É importante observar que, nessa época, a guarda dos filhos era tratada essencialmente como um prêmio, sendo concedida ao cônjuge inocente, e, por outro lado, punindo o genitor que deu causa ao fim da união com o afastamento da prole.

Apenas no ano de 2002, com o novo Código Civil, houve um avanço no instituto, já que o critério para definir qual genitor seria o guardião do filho se alterou, se pautando, neste momento, no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, deixando a culpa pelo fim do relacionamento de ser relevante.

Dessa forma, de maneira acertada, para definir a guarda dos filhos menores, a preocupação central se tornou a criança e o adolescente, devendo ser analisado qual dos genitores reunia melhores condições de acompanhar o desenvolvimento pleno do filho.

Mas a regra no ordenamento ainda era a guarda unilateral para um dos cônjuges, não havendo previsão legal que possibilitasse a guarda dividida entre os genitores. Tal fato era criticado pela doutrina, que defendia a importância da participação de ambos os pais para um desenvolvimento saudável dos filhos, como bem explicitado por Welter:

A guarda unilateral não garante o desenvolvimento da criança e não confere aos pais o direito da igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, pois quem não detém a guarda, recebe um tratamento meramente coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos. (WELTER, 2009, p. 56)

Diante desse cenário, foi promulgada a lei nº 11.698/2008, que introduziu no ordenamento jurídico a guarda compartilhada como um ideal a ser buscado, um grande marco no avanço do direito de família. Ambos os genitores poderiam, neste momento, dividir as responsabilidades para com os filhos, compartilhando o poder familiar.

Ressalta-se que esse regime de guarda, ainda em vigor, permite que os pais tenham autoridade e participação equivalente na vida dos filhos, garantindo uma aproximação dos filhos com ambos os genitores.

Contudo, por vários anos, a doutrina e a jurisprudência divergiam sobre a obrigatoriedade da guarda compartilhada quando inexistente o consenso entre os genitores. Para solucionar a desavença, foi promulgada a lei nº 13.058/2014, que tornou a guarda compartilhada obrigatória, mesmo quando não há consenso entre os pais, concretizando, enfim, a primazia dos interesses dos menores no que toca a definição da guarda dos filhos.

Portanto, atualmente, após sucessivas mudanças legislativas que ocasionaram uma expressiva evolução do instituto, a guarda compartilhada é a regra do ordenamento jurídico, o que gerou reflexos positivos em diversas áreas, especialmente em relação ao instituto da alienação parental.

3 A ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental é a interferência na formação psicológica da criança, baseada em um conjunto de práticas realizadas por um genitor, chamado alienante, com a intenção de suprimir o vínculo do filho com o outro genitor, chamado alienado, por meio de campanha difamatória, manipulação afetiva e atitudes capazes de dificultar ou impedir o contato e o acesso da criança.

O alienador induz a criança a acreditar que o outro genitor não é uma boa pessoa, que “faz maldades”, que “não o ama”, que “não o protege” e assim por diante, plantando falsas ideias na memória da criança. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição, ou a raiva pela traição, surge um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Nada mais do que uma "lavagem cerebral" feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador. Assim, o infante passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre o genitor e o filho. Restando órfão do genitor alienado, acaba o filho se identificando com o genitor patológico, aceitando como verdadeiro tudo que lhe é informado. (DIAS, 2011, p. 463)

As atitudes do genitor alienador geram efeitos emocionais e condutas comportamentais na criança, que, na verdade, são os sintomas da chamada Síndrome de Alienação Parental.

A expressão síndrome de alienação parental foi inicialmente utilizada em 1985, pelo psiquiatra estadunidense Richard Gardner, o qual a descreve da seguinte maneira:

um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha difamatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a 'lavagem cerebral, programação, doutrinação') e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. (GARDNER, 2002)

Assim, como resultado da alienação parental perpetrada contra a criança, essa fica confusa, deixa de distinguir verdades de mentiras e passa a repetir o discurso do genitor alienador, muitas vezes se tornando agressivo e distante do genitor alienado, colocando-se, ainda, na posição de defensor do alienador. Nesse sentido, pondera Maria Berenice Dias:

Os resultados são perversos. Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas e criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade – quando atingida -, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos. (DIAS, 2015, p. 546).

Assim, a prática da alienação parental tem desdobramentos em relação ao menor alienado que podem até mesmo inviabilizar uma vida adulta saudável e feliz, violando diretamente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Primeiramente, a alienação parental gera sérias consequências na relação paterno ou materno-filial da criança e do genitor alienado, rompendo com o laço afetivo entre eles, comprometendo o livre desenvolvimento do relacionamento das partes envolvidas.

Não se olvide que a convivência familiar é um direito fundamental das crianças e adolescentes garantido tanto pela Constituição Federal (artigo 227), como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 19), e que é brutalmente desrespeitado pela prática da alienação parental, que tem por objetivo justamente o afastamento de um dos genitores.

Além disso, o menor alienado, no âmbito psicológico, tem propensão para desenvolver distúrbios psicológicos, como depressão, ansiedade, síndrome do pânico, entre outros, que podem perdurar por toda a vida, afetando negativamente o desenvolvimento emocional e psicológico do menor.

Diante da gravidade da prática de alienação parental, foi promulgada a lei no 12.318/2010, que regulamenta o instituto, conceituando a prática e elencando os atos que a caracterizam, em rol exemplificativo, em seu artigo 2º:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010)

O diploma normativo estabelece a tramitação prioritária dos processos onde há indícios de alienação parental e regulamenta o procedimento a ser realizado nesses casos, determinando sanções em desfavor do alienador, com o objetivo de cessar e coibir o abuso moral perpetrado contra a criança ou adolescente.

Dessa forma, é evidente que a alienação parental é uma prática com consequências graves e que deve ser rechaçada da sociedade. Um dos institutos que pode contribuir para coibir ou, pelo menos, dificultar esse abuso moral é a guarda compartilhada.

4 A EFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA EM INIBIR ATOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

O momento do rompimento de um casal é sempre delicado, especialmente quando existem filhos menores. No processo de divórcio, as mágoas e decepções pelo fim do relacionamento, podem se transformar em desejo de vingança, sendo que os filhos menores, que deveriam ser protegidos neste momento, ao contrário, são utilizados como um meio de represália e poder, sendo influenciados a escolher um "lado na disputa".

Após o rompimento definitivo do casal, quando os filhos começam a conviver com os genitores de forma separada, a situação pode se agravar, dando ensejo a prática de atos de alienação parental, o que pode ser extremamente prejudicial ao desenvolvimento pleno da prole.

O objetivo primordial da alienação parental, como esclarecido anteriormente, é o distanciamento e a redução dos laços afetivos entre o filho menor e o genitor alienado. E para que isso seja possível, a prática da alienação parental necessita de dois elementos.

Primeiramente, o abuso moral necessita de tempo. Isto porque, não é um discurso ou uma ideia isolada que irá surtir efeitos na relação materno ou paterno-filial. A alienação parental é um

processo de manipulação, uma verdadeira campanha difamatória em desfavor do genitor alienado, que necessita de uma repetição exaustiva das falsas ideias com o intuito de convencer o menor.

Em um primeiro momento, a criança ou adolescente ficará confuso com as falsas informações repassadas, que, logicamente, se contrapõem a imagem que o próprio tem do genitor alienado.

Com o passar do tempo e a reiteração constante das falsas ideias, o menor é convencido a acreditar naquela imagem inverídica do outro genitor, e, como resultado, o filho se afasta do genitor alienado, rompendo os vínculos de afeto com aquele genitor.

Salienta-se que o menor, pela tenra idade, não tem maturidade ou condições psicológicas de, sozinho, perceber a manipulação, até mesmo pelo fato de confiar plenamente no locutor das ideias, que geralmente é o genitor que tem um convívio mais próximo e constante com o filho.

Sendo assim, a ausência de qualquer interferência externa, que possa indicar ou auxiliar o menor a reconhecer a falsidade daquelas informações, é mais um elemento fundamental na prática de alienação parental.

Nesse sentido, a campanha difamatória contra um genitor é eficaz caso o menor não tenha outra fonte constante de informações, que possa solidificar a imagem real daquele genitor alienado ou possa impedir que o abuso moral se perpetue no tempo.

Dessa forma, o tempo e a ausência de interferência são imprescindíveis para que seja atingido o propósito do abuso moral perpetrado contra o menor, o que pode dar ensejo a Síndrome da Alienação Parental, afetando de forma negativa a relação da prole com o genitor alienado e, ainda, gerando reflexos negativos no desenvolvimento emocional e psicológico do menor.

Contudo, o regime de guarda compartilhada pode afetar, justamente, nestes dois elementos, sendo capaz de impedir ou, pelo menos, mitigar as chances de êxito da prática da alienação parental.

Isto porque, na guarda compartilhada, o poder familiar é dividido entre os genitores. Isto significa que ambos os pais têm responsabilidades, direitos e deveres de forma equânime em relação aos filhos, independente de qual genitor tem a residência fixada junto à prole.

Logo, ambos os genitores devem participar de todas as decisões afetas ao filho, seja em relação à educação, saúde, moradia, sustento, entre outros. Tal fato gera efeitos positivos, especialmente para o genitor que não reside junto ao filho e que, em regra, convive menos com a prole, uma vez que terá o direito de participar ativamente de todas as questões relacionadas ao menor, o que, por consequência, retira o excesso de poder e influência de apenas um dos pais sobre o filho, equilibrando os papéis dos genitores.

Nesse ínterim, devido à necessidade de contato frequente entre os genitores, caso exista alguma modificação na conduta de um dos genitores, no sentido de impedir ou criar empecilhos na relação do outro genitor com o filho, ou ainda no exercício conjunto da autoridade parental, é provável que essa conduta seja notada de forma mais clara e perceptível, o que garante a oportunidade do genitor impedir que tal postura continue por um longo período de tempo.

Ademais, na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos menores deve ser dividido de forma equilibrada entre os genitores, nos termos do artigo 1.583, §2º do Código Civil Brasileiro.

Logo, a relação entre o filho e este genitor será mais próxima e resistente, o que garante, primeiramente, que o menor irá construir memórias recentes e preciosas devido a esse maior convívio, as quais, provavelmente, serão muito mais difíceis de serem desconstruídas pela implantação de falsas memórias.

Além disso, diante dessa relação próxima, o genitor alienado terá mais chances de perceber qualquer modificação na conduta do filho, sendo, também, mais provável do próprio menor dialogar

com o pai alienado sobre a situação, o que possibilita que o genitor alienado interrompa o abuso moral antes de danos irreversíveis.

Isto posto, no regime de guarda compartilhada, devido ao maior contato entre os genitores, e ainda, entre os pais e os filhos, de forma isolada, qualquer abuso moral contra o menor tem possibilidade reduzida de se prolongar no tempo sem nenhum tipo de interferência externa. O genitor alienado terá possibilidade de perceber a mudança no comportamento tanto do outro genitor, como no próprio filho, o que pode ser um sinal da prática de atos de alienação parental.

Diante disso, o genitor alienado pode agir, em tempo hábil, para impedir a continuação do abuso moral e, ainda, para reverter os danos já implantados na relação materno ou paterno-filial, garantindo o desenvolvimento psíquico e emocional pleno do menor.

CONCLUSÃO

Durante o processo de divórcio ou após a separação definitiva do casal, em razão da decepção pelo fim da união, o filho pode ser utilizado como um instrumento de poder e vingança de um dos genitores, dando ensejo a prática de atos de alienação parental em desfavor da criança, que podem gerar consequências negativas na relação paterno ou materno-filial e, ainda, no desenvolvimento psíquico e emocional do menor.

Entretanto, para que o abuso moral alcance seu propósito de romper os vínculos afetivos e de afastar o genitor alienado, é fundamental que a prática da alienação parental se perpetue no tempo, com a repetição exaustiva das falsas ideias e, ainda, que não exista nenhuma interferência externa capaz de impedir ou dificultar a manipulação do menor.

A guarda compartilhada, por demandar um contato frequente entre os genitores e entre os pais e filhos de forma isolada, reduz significativamente as chances dos atos de alienação parental se prolongarem no tempo de forma oculta e sem nenhuma interferência externa, especialmente do genitor alienado, que terá mais oportunidades de notar a mudança no comportamento do genitor alienador ou da prole, podendo agir em tempo hábil para impedir danos irreversíveis.

Diante do exposto nesse estudo, concluiu-se que o regime de guarda compartilhada tem o condão de impedir ou dificultar a prática de atos de alienação parental, se harmonizando com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e protegendo o direito constitucional a convivência familiar.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas. Trad. José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010. Brasília, DF. Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007_2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 01.09.2020.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF. Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 01.09.2020.

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01.09.2020.
- BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 01.09.2020.
- BRASIL. Lei no 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 01.09.2020.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. Manual De Direito Das Famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DIAS, Maria Berenice, BASTOS, Eliene Ferreira, MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. Alienação Parental. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FREITAS, Douglas Phillips. Alienação Parental - Comentários à Lei 12.318/2010. 4ª edição. São Paulo: Forense, 2015.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios Constitucionais de Direito de Família. Guarda Compartilhada à luz da lei n. 11.698-08. Família, Criança, Adolescente e Idoso. São Paulo: Atlas, 2008.
- GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- GARDNER, Richard. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental? Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 01.09.2020.
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatísticas do Registro Civil 2018, Rio de Janeiro, v. 45, p. 1-8, 2018.
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatísticas do Registro Civil 2011, Rio de Janeiro, v. 38, p. 1-178, 2011.
- MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MADALENO, Rolf. Direito de Família, 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Reestruturando afetos no ambiente familiar: a guarda de filhos e a síndrome de alienação parental. In: Afeto e estruturas familiares.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PODEVYN, François. Síndrome de alienação parental. Tradução de APASE Brasil. 2001.
- SOUZA, Ana Maria Oliveira de; BARRETO, Ricardo Menna. Síndrome da alienação parental, falso abuso sexual e guarda compartilhada: necessidade de uma observação jurídica transdisciplinar. Espaço Jurídico, Santa Catarina, v.12, n.1, p. 67-82, jan./jun/ 2011.
- STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda de Filhos. Revista ados Tribunais, 1991.

TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental (SAP). DIAS, Maria Berenice (coord.). Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WELTER, Belmiro Pedro. "Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser em família". In: Guarda Compartilhada. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009.

A INFLUÊNCIA DA COVID-19 NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

THE INFLUENCE OF COVID-19 IN CONTRACTUAL RELATIONS

Elcio Nacur Rezende

Pós-Doutor, Doutor e Mestre. Professor dos Programas de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara e da Faculdade Milton Campos. Procurador da Fazenda Nacional.

Ricardo Tadeu Dias Andrade

Mestrando pela Faculdade Milton Campos. Especialista em Direito Público e em Direito Notarial e Registral. Procurador da Fazenda Nacional.

Resumo: Originada na China, no final do ano de 2019, a Covid-19 se espalhou por praticamente todos os países. Esta pandemia vem causando os mais diversos impactos no mundo, cujos efeitos ainda são de difícil previsão. Não é diferente com as relações contratuais, celebradas antes e durante a disseminação do Coronavírus. O objetivo do texto é discorrer sobre as hipóteses legais que tratam da revisão ou resolução contratual em face dos impactos causados pela Covid-19. A metodologia utilizada foi o método dedutivo, utilizando-se de técnicas relacionadas às pesquisas bibliográficas, análise jurisprudencial e abordagem à legislação pátria e a estrangeira. Os resultados em conclusão apontam que a pandemia é causa para revisão ou resolução espontânea ou judicial do contrato, dependendo das peculiaridades envolvidas para se aferir o grau da sua intervenção.

Palavras-chave: Covid-19. Relações contratuais. Revisão ou resolução.

Abstract: Originating in China, at the end of the year 2019, Covid-19 has spread to virtually all countries. This pandemic has been causing the most diverse impacts in the world, the effects of which are still difficult to predict. It is no different with contractual relations, celebrated before and during the spread of the Coronavirus. The purpose of the text is to discuss the legal hypotheses that deal with the review or contractual resolution in the face of the impacts caused by Covid-19. The methodology used was the deductive method, using techniques related to bibliographic research, jurisprudential analysis and approach to domestic and foreign legislation. The results in conclusion point out that the pandemic is the cause for spontaneous or judicial review or resolution of the contract, depending on the peculiarities involved to assess the degree of its intervention.

Keywords: Covid-19. Contractual relations. Review or resolution.

Submetido em outubro de 2020. Aprovado em dezembro de 2021.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva enfrentar o grave problema trazido pela pandemia do Covid-19 nas relações contratuais, principalmente quanto às consequências geradas pelos atos estatais de enfrentamento, tais como a quarentena e o *lockdown*, nas obrigações firmadas pelos contratantes, que, por muitas vezes, se encontram relativa ou absolutamente impossibilitados de cumpri-las.

O tema central consiste em abordar se as consequências geradas pela disseminação do coronavírus é motivo suficiente para justificar o inadimplemento contratual, a sua revisão ou até mesmo a sua extinção, abordando os institutos do caso fortuito/força maior, da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva.

Objetiva-se com este estudo, por meio de análise das correntes doutrinárias, da legislação nacional e da estrangeira, em razão dos transtornos causados pela pandemia, discutir se existe a possibilidade de o devedor não cumprir a sua obrigação contratual, requerer a sua revisão ou a sua resolução. Quanto ao credor, se é ou não obrigado a aceitar eventual alteração contratual. E em relação ao Judiciário, se tem a competência de modificar as cláusulas da avença, sem o consentimento de uma das partes.

Justifica-se a presente pesquisa em razão dos inúmeros contratos que não serão integralmente ou parcialmente cumpridos, fato que certamente trará insegurança jurídica, com possibilidade de serem levados ao conhecimento do Poder Judiciário que, ao menos inicialmente, dará respostas dissonantes para cada caso em concreto.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, partindo-se de institutos aplicáveis às obrigações e aos contratos em geral, tais como o caso fortuito/força maior, a imprevisibilidade e a onerosidade excessiva, que também são passíveis de utilização quando se trata de cumprimento de contratos impactados pela pandemia da coronavírus.

O referencial teórico é fundado na ideia de que o contrato não é imutável, conforme sustentado por Tartuce (2020) no livro Teoria geral dos contratos e contratos em espécie¹. Pelo contrário, em razão de eventos imprevisíveis, ou previsíveis com efeitos imprevisíveis, é possível a revisão ou a resolução contratual, conforme preconizam os doutrinadores brasileiros pesquisados.

Em razão da dinamicidade das posições preliminares, dada a novidade do tema, ao se realizar o levantamento bibliográfico, constatou-se que algumas opiniões foram no sentido de que o devedor não deveria se responsabilizar pelo inadimplemento das obrigações contratuais, enquanto outras entendiam que inexistiria motivos para ensejar qualquer repercussão no contrato, mantendo-se incólume o princípio da *pacta sunt servanda*.

Entretanto, após algum tempo da disseminação do vírus no Brasil, alguns doutrinadores, passaram a entender que as consequências geradas pela disseminação da Covid-19 devem ser avaliadas caso a caso, sem nenhuma conclusão a priori, uma vez que

1 TARTUCE, Flávio. Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

os contratos e os seus contratantes possuem diversos interesses anexos que também devem ter relevância na análise da questão.

1 CONCEITOS UTILIZADOS PELA OMS

Delimitado o tema que será objeto de estudo no presente artigo, é importante, antes de se discorrer sobre as consequências jurídicas do Coronavírus nas relações contratuais, examinar os conceitos extrajurídicos de pandemia, Covid-19 e Coronavírus, que certamente irão auxiliar na análise da respectiva repercussão jurídica.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS)¹, o termo “pandemia” se refere à distribuição geográfica de uma doença e não à sua gravidade, reconhecendo, ainda, que no momento existem surtos de Covid-19 em vários países e regiões do mundo (OMS, on-line).

De acordo com esta mesma organização internacional, a Covid-19 é uma doença infecciosa causada pelo novo Coronavírus, este identificado pela primeira vez em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, na China (OMS, on-line).

Enquanto o termo Coronavírus, que se encontra inserido em uma família de vírus que causam doenças respiratórias, são a segunda principal causa do resfriado comum (após rinovírus) e, até as últimas décadas, raramente causavam doenças mais graves em humanos do que o resfriado comum (OMS, on-line).

2 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

O princípio da função social impõe que os contratos devem atender, além dos objetivos buscados pelos contratantes, também aqueles interesses metaindividuais, uma vez que os seus efeitos são capazes de influenciar todo o corpo social.

Portanto, o fenômeno da funcionalização social dos contratos visa limitar o princípio liberal da autonomia privada, como forma de evitar cláusulas que são ou teriam se tornadas abusivas, capazes de gerar efeitos negativos entre os contratantes e também o corpo social.

Segundo o Enunciado 23 da I Jornada de Direito Civil, promovido pelo Conselho de Justiça Federal (2.012 on-line)², a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o

-
- 1 ONU (Organização das Nações Unidas): Folha informativa - COVID-19 (doença causada pelo novo Coronavírus). Atualizada em 04 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875> . Acesso em 04 de setembro de 2020.
 - 2 AGUIAR, JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.), *et alii*. Jornadas de direito civil, I e III enunciados aprovados. Brasília/DF: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Nesta linha, a doutrina majoritária acrescenta que o referido princípio possui uma dupla eficácia: a interna e a externa. A primeira é aquela que se restringe aos interesses dos participantes do contrato, enquanto a segunda amplia o seu conceito para aqueles que não fazem parte da avença.

Assim, sob a ótica interna, a função social dos contratos visa proteger a dignidade da pessoa humana e conseqüentemente as partes vulneráveis; a vedação as cláusulas e condutas antissociais, além daquelas que causem excessiva onerosidade e a preservação das relações contratuais. Já pela ótica externa, a função social visa atender a efetiva proteção dos direitos transindividuais, notadamente aqueles de caráter difuso e coletivo.

Entretanto, é importante salientar que após o advento da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, inspirada na Declaração De Direitos de Liberdade Econômica, o princípio da função social dos contratos assumiu um sentido diferente daquele inicialmente proposto pelo Código Civil.

Na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 881/2019¹, que deu origem à referida Lei, evidenciou-se o objetivo de conferir poder ao particular de exercer livremente qualquer atividade econômica, como um mecanismo para aumentar a sua proteção contra os atos do Poder Público, influenciado certamente pelos países integrantes da *common Law*; teoria esta que se aproxima de uma abordagem mais liberal na interpretação dos contratos, asseguradora de uma maior autonomia às partes contratantes.

O princípio da liberdade econômica, em sua função fundamentadora das demais normas jurídicas, alterou textualmente o artigo 421 e acrescentou o seu parágrafo único, além de incluir o artigo 421-A do Código Civil, passando a conter a seguinte redação:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Nota-se, principalmente através da inserção do parágrafo único ao artigo 421 do Código Civil, a preocupação do legislador ordinário em permitir que o Estado intervenha

1 Legislação Informatizada – Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019 - Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037-exposicaodemotivos-157846-pe.html>>. Acesso em 17 de setembro de 2020.

o mínimo possível na autonomia das partes e a excepcionar a revisão contratual nas relações tipicamente privadas.

Além disso, previu os incisos do artigo 421-A do Código Civil a possibilidade das partes fixarem os pressupostos de resolução ou de revisão da avença, sendo que esta última hipótese somente terá cabimento em casos excepcionais e com o alcance limitado.

Vale ressaltar, portanto, que a Lei de proteção à liberdade econômica inovou no mundo jurídico, ao alterar o artigo 421 do CCB e incluir o artigo 421-A do mesmo Código, no sentido de regulamentar uma revisão genérica dos contratos, mesmo que seja de maneira excepcional e limitada, sem que fosse fundamentada em razão de eventos excepcionais, devendo, entretanto, os efeitos da lei incidirem sobre os contratos elaborados sob a sua égide.

3 CASO FORTUITO / FORÇA MAIOR

Segundo o artigo 393 e o seu parágrafo único do Código Civil Brasileiro:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Textualmente, caso fortuito ou força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir, isto é, trata-se de uma consequência do ato considerada como inevitável ou impossível de se impedir por qualquer uma das partes.

Reforçando o conceito definido por lei, o caso fortuito ou a força maior refere-se a aquele acontecimento que não há como evitá-lo e que não tenha nenhuma relação com o comportamento anterior dos contratantes, agindo com protagonismo na produção do evento danoso.

Para Pontes de Miranda¹, o caso fortuito ou a força maior podem até ser previsíveis. A impossibilidade deve se referir aos efeitos do ato, caso esta impossibilidade se caracterize antes da conclusão do contrato, este será nulo; caso seja configurada depois, deverá ser regida pelos princípios que tratam da impossibilidade do adimplemento.

Portanto, caso o contrato tenha sido celebrado, de forma que a pandemia já impossibilitasse a concretização do acordo entabulado, estando as partes cientes da consequência desta circunstância, tal negócio jurídico será nulo.

Por outro lado, segundo o mesmo autor, caso a circunstância que torne impossível o seu cumprimento, tenha ocorrido após a conclusão do contrato, aplicar-se-ia o princípio da impossibilidade do adimplemento, previsto no artigo 393 e seu parágrafo único do Código Civil Brasileiro.

1 PONTES DE MIRANDA, Francisco Clementino. Tratado de Direito Privado. Tomo XXIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1958, p. 84.

Assim, em razão do caso fortuito causado pela pandemia da Covid-19, na hipótese em que a obrigação não possa ser cumprida nos exatos termos contratados, não será cabível a indenização por prejuízos causados a qualquer uma das partes.

Diante disso, observa-se que o caso fortuito não pode ser deliberadamente invocado como causa para a revisão ou a rescisão de um contrato válido, sem um motivo de ordem geral que o justifique, sendo imprescindível, portanto, que se verifique a sua repercussão na avença.

Os exemplos de caso fortuito são dos mais diversos, conforme as complexidades das relações humanas, podendo citar, com relação ao tema do presente artigo, a ocorrência da pandemia da Covid-19 que determine o fechamento de fronteiras, a quarentena forçada da população e a suspensão das atividades empresariais.

Como defesa, ao inadimplente cabe provar que o cumprimento da obrigação se tornou impossível ou inútil ao credor, em razão do fortuito, retornando-se as partes à situação anterior à conclusão do contrato, salvo se o devedor houver expressamente responsabilizado por tal fato, ou tal evento tenha ocorrido durante a sua mora.

Deve ser salientado que, com o advento da Lei 14.010/20¹, que trata do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RIET) em razão da pandemia do Covid-19, reforçou-se a ideia da plena aplicabilidade do caso fortuito e da força maior, entretanto, sem aproveitar às obrigações vencidas antes do reconhecimento da pandemia, este em 20 de março de 2020, conforme Decreto Legislativo nº 6, de 2020.

Neste sentido, estabelecem os artigos 1º e 6º da Lei 14.010/20:

Art. 1º Esta Lei institui normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de Direito Privado em virtude da pandemia do coronavírus (Covid-19).

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se 20 de março de 2020, data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, como termo inicial dos eventos derivados da pandemia do coronavírus (Covid-19).

Art. 6º As conseqüências decorrentes da pandemia da Covid-19 nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no art. 393 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), não terão efeitos jurídicos retroativos.

Portanto, observa-se a aplicação da regra da irretroatividade dos efeitos da pandemia, como forma de se garantir a segurança jurídica no cumprimento dos contratos, devendo ser analisada a ocorrência de caso fortuito ou força maior em cada caso específico.

No direito comparado, a Alemanha foi uma das pioneiras a aprovar um pacote de leis para diminuir as conseqüências da pandemia da COVID-19 (*Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht*). No ponto que tratou especificamente sobre as relações contratuais, o parágrafo 1º do artigo 240² assim dispõe:

- 1 Lei 14.010, 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RIET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de junho de 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm>. Acesso em 17 de setembro de 2020.
- 2 ALEMANHA. Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht. Disponível em:

Artikel 240 Vertragsrechtliche Regelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie
§ 1 Moratorium (1) Ein Verbraucher hat das Recht, Leistungen zur Erfüllung eines Anspruchs, der im Zusammenhang mit einem Verbrauchervertrag steht, der ein Dauerschuldverhältnis ist und vor dem 8. März 2020 geschlossen wurde, bis zum 30. Juni 2020 zu verweigern, wenn dem Verbraucher infolge von Umständen, die auf die Ausbreitung der Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) zurückzuführen sind, die Erbringung der Leistung ohne Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen nicht möglich wäre. Das Leistungsverweigerungsrecht besteht in Bezug auf alle wesentlichen Dauerschuldverhältnisse. Wesentliche Dauerschuldverhältnisse sind solche, die zur Eindeckung mit Leistungen der angemessenen Daseinsvorsorge erforderlich sind.

Assim, de acordo com a norma aprovada pelo Parlamento alemão, optou-se por conferir ao devedor do direito de se escusar do cumprimento de uma obrigação firmada até o dia 30/06/20, na hipótese do seu motivo ser as implicações causadas pela pandemia do Covid-19.

Segundo Fritz¹, os requisitos previstos pelo direito germânico são: tratar-se de um contrato de longa duração; que vise atender as necessidades básicas do contratante; que tenha sido celebrado antes de 08/03/2020, cuja impossibilidade de cumprimento seja a pandemia e; que o devedor não tenha condições de cumprir o contrato pondo em risco a subsistência própria ou de sua família.

Dito isso, vale ressaltar que a hipótese descrita pela legislação pátria se aplica a contratos cuja execução seja instantânea. Entretanto, quando a relação contratual se tratar de prestação sucessiva ou continuada e, caso ainda seja possível o seu cumprimento, tornando-o mais oneroso que o inicialmente entabulado, estaríamos diante de outro regramento, o da onerosidade excessiva (teoria da imprevisão), não mais do caso fortuito ou força maior.

4 TEORIA DA IMPREVISÃO / ONEROSIDADE EXCESSIVA

Inicialmente, fala-se que a teoria da imprevisão tem origem na Lei 48 do Código de Hammurabi², que assim determinava:

Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d'água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano.

Entretanto, com o passar do tempo, este dispositivo, também conhecido pela cláusula *rebus sic stantibus*, deixou de ser aplicado nos sistemas jurídicos influenciados pelo

<https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/FH_AbmilderungFolgenCovid-19.html>.

Acesso em 17 de setembro de 2020.

- 1 FRITZ, Karina Nunes. Alemanha aprova pacote de mudanças legislativas contra a crise do coronavírus. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/322781/alemanha-aprova-pacote-de-mudancas-legislativas-contr-a-cri-se-do-coronavirus>>. Acesso em 17 de setembro de 2020.
- 2 CÓDIGO HAMMURABI. DHNET, Direitos Humanos na Internet, 2020. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em 17 de setembro de 2020.

liberalismo econômico, que possui como princípio a livre iniciativa privada independente de intervenção do ente estatal, fato que perdurou principalmente entre os séculos XVIII e XIX.

Segundo Tucci¹, três são as teorias que embasam a cláusula *rebus sic stantibus*, valendo citar as de origens francesas, alemã e italiana:

Desde a concepção da teoria da cláusula *rebus sic stantibus* em época medieval (notadamente nas *Glosas de Acúrsio* e nos *Comentários de Bártolo*), é familiar a ideia de que a alteração superveniente das circunstâncias pode abalar o vínculo contratual. Já no século XX, os períodos críticos do pós-guerra inspiraram variadas teorias, dentre as quais as mais conhecidas são a *teoria da imprevisão* de origem francesa, a da *base objetiva do negócio jurídico*, de matiz alemã e a da *excessiva onerosidade*, positivada nos arts. 1.467 e 1.468 do Código Civil italiano.

Referida cláusula retornou ao atual Código Civil, este de inspiração tipicamente solidarista e funcional, conforme previsão expressa nos seus artigos 478 a 480, onde se estabelece que nos contratos de execução continuada ou diferida, caso a prestação de uma das partes se torne excessivamente onerosa, em razão de fatos extraordinários ou imprevisíveis, o devedor pode obter a resolução contratual, ou a sua revisão.

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

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

Ainda segundo Tucci², o direito brasileiro optou por adotar a teoria italiana da onerosidade excessiva:

Na sistemática brasileira, foi adotada, com algumas nuances novas, a teoria italiana da *onerosidade excessiva*. Com fundamento no art. 478 CC, a resolução contratual pode ser pleiteada caso eventos imprevisíveis (e somente imprevisíveis, não necessariamente extraordinários) tenham tornado a prestação muito mais onerosa do que se poderia supor à época da contratação, ocasionando ainda, e concomitantemente, *extrema vantagem* para a parte contrária.

Contudo, embora seja prevista a resolução contratual, o objetivo a ser buscado deve ser a revisão contratual, de forma a preservar a relação jurídica firmada entre as partes e a circulação de riquezas. Como se está diante de um contrato, é porque as partes se interessaram por sua formação, de forma que esta vontade deve ser prioritariamente preservada.

Assim, alguns requisitos devem ser cumpridos para possibilitar a aplicação do artigo 478 do Código Civil, sendo o primeiro deles se tratar de um contrato de execução continuada ou diferida, descartando-se, portanto, aqueles pactos instantâneos, cuja execução seja imediata.

1 TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Alterações imprevisíveis das circunstâncias: impactos contratuais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/rogerio-tucci-alteracoes-imprevisiveis-circunstancias>> Acesso em 18 de setembro de 2020.

2 Idem

Além disso, a prestação de uma das partes deve se tornar excessivamente onerosa com extrema vantagem para a outra, devendo ambos os requisitos surgirem após a contratação, pois parte-se do pressuposto que as partes se encontram em posições equânimes, não havendo que se falar em desequilíbrio da prestação no momento da sua pactuação, sendo prescindível a análise de eventuais condições econômicas e financeiras dos contratantes.

Outro requisito se refere à sua causa, que deve ser oriunda de eventos imprevisíveis e extraordinários, naturalmente supervenientes à assinatura do contrato, de forma que os contratantes não tenham a possibilidade de prever a ocorrência daquele evento, que daria causa à onerosidade excessiva.

Entretanto, em que pese o princípio da autonomia privada mitigar a ingerência estatal nos contratos, caso uma das partes proponha a sua revisão, tendo como fundamento a pandemia do Covid-19, para a doutrina majoritária o Poder Judiciário poderá intervir na avença, mesmo que o réu não se prontifique a promover a modificação equitativa das suas cláusulas, com fundamento no artigo 480 do Código Civil:

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

Revisão esta que deve sempre ser incentivada, em respeito aos princípios da conservação e da função social do contrato, em detrimento da resolução contratual, conforme entendimento do Enunciado nº 176, da III Jornada de Direito Civil, do CJF¹:

Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.

Todavia, apesar do Código Civil ter conferido direitos potestativos ao devedor da prestação, ao assegurar a prerrogativa de propor a alteração de uma relação jurídica que se tornou excessivamente onerosa a seu desfavor, é importante não desprestigiar a figura do credor que pode se tornar prejudicado com a alteração contratual.

Com precisão, Darcy Bessone², mesmo antes da vigência do atual Código Civil, já entendia que a revisão contratual deve ser facultativa para o credor, a quem poderia preferir a resolução do contrato, pois poderia ser levado para estipulações que não lhe interessem.

Assim, diante da pandemia do Covid-19, a revisão contratual não deve ser determinada quando o credor não tiver interesse, sendo necessário que este concorde expressamente com a alteração, dada a possibilidade de se conduzir à modelos que sequer seriam cogitados à época da elaboração do contrato original, devendo-se, assim como ao devedor, ater-se à boa-fé do credor, de modo que não imponha condições infundadas para impedir a revisão contratual.

5 REVISÃO POR IMPREVISIBILIDADE

1 AGUIAR, JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.), et alii. Jornadas de direito civil, I e III enunciados aprovados. Brasília/DF: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

2 BESSONE, Darcy. Do contrato: teoria geral. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 296.

Segundo o artigo 317 do Código Civil:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Inicialmente, é importante apontar uma semelhança entre as redações deste artigo com o artigo 478. Entretanto, o artigo aqui citado encontra-se localizado no título III “Do Adimplemento e Extinção das Obrigações”, seção III “Do Objeto do Pagamento e Sua Prova”, o que denota a sua aplicabilidade a qualquer espécie de obrigação.

Enquanto o artigo 478 localiza-se no título V “Dos Contratos em Geral”, Capítulo II, “Da Extinção do Contrato”, Seção IV, “Da Resolução por Onerosidade Excessiva”, o que indica que a sua aplicação se restringe aos Contratos em geral.

Para Ricardo Vilas Boas Cueva¹, a configuração da teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva exige a comprovação de mudanças supervenientes das circunstâncias vigentes à época da realização do negócio, seja oriunda de evento imprevisível, quando se terá a teoria da imprevisão; ou de evento imprevisível e extraordinário, hipótese da teoria da onerosidade excessiva, ambas capazes de comprometer o valor da prestação.

Ademais, em se tratando de evento imprevisível, este fato não deve se referir à uma circunstância pessoal do devedor, sob pena de se banalizar o instituto, ao ponto de causar insegurança jurídica a todo e qualquer contrato. Deve se referir pelo menos a um segmento da sociedade, que também tenha atingido a todos aqueles que se encontrem em situação jurídica semelhante ao devedor da avença.

Por outro lado, o Código Civil autoriza não apenas a revisão do contrato, em decorrência de alterações imprevisíveis, mas também por força de motivos previsíveis com resultados imprevisíveis, conforme estabelece o Enunciado 17 da I Jornada de Direito Civil².

Neste aspecto, é indubitável que podemos considerar a pandemia da Covid-19 como evento imprevisível, mas também como previsível com efeitos imprevisíveis, quando se tornou extremamente difundida a situação ocorrida na China, já no final de 2019, momento em que algumas cidades passaram a cumprir um severo *lockdown*, impactando diretamente nas relações contratuais realizadas naquela região.

Outra questão passível de discussões é a que trata da aplicação da teoria da imprevisão aos contratos aleatórios. A doutrina majoritária entende pela não aplicabilidade da imprevisão aos contratos aleatórios, uma vez que o risco assumido encontra-se na sua essência, fazendo parte do seu elemento constitutivo.

Tal entendimento pode ser considerado pacífico, caso se trate de uma álea interna, conceituada como aquela já prevista ao menos implicitamente no contrato, como no exemplo clássico do contrato de pesca. Na hipótese da quantia de pescado variar, o preço a ser pago será aquele fixado no contrato.

1 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T., Recurso Especial 1.321.614/SP, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, publ. 03/03/2015.
2 AGUIAR, JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.), et alii. Jornadas de direito civil, I e III enunciados aprovados. Brasília/DF: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

Porém, caso a álea seja externa ao risco previsto no contrato aplica-se a teoria da imprevisão, desde que o evento que altere as bases da avença não tenha qualquer relação com as incertezas presentes na álea constitutiva do contrato. Seria o caso da pandemia da Covid-19 suspender as atividades de pesca e, dentro do prazo contratual, torne-se impossível para a parte cumprir a sua obrigação contratual.

No direito comparado, o vigente Código Civil argentino em seu artigo 1091, estabelece expressamente a aplicação da teoria da imprevisão para o contrato aleatório se o benefício se tornar excessivamente oneroso por motivos não relacionados à sua própria álea.

Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia. (destacamos)¹.

Vale salientar que, conquanto se trate de uma norma aplicável ao direito estrangeiro e não se encontre presente na legislação pátria, é possível a sua utilização ao caso concreto verificado no Brasil, tendo em vista o princípio da vedação ao *non liquet* e à utilização dos princípios gerais do direito, sobretudo a boa-fé do contratante, como método legítimo de integração normativa, conforme previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

6 CONCLUSÃO

Em resposta ao problema apresentado na introdução, apontou-se inicialmente que o Código Civil conta com uma série de dispositivos legais que permitem a alteração e o ajustamento das cláusulas contratuais, fato que auxilia o julgador a resolver as consequências jurídicas nestas relações, eventualmente trazidas pela pandemia do novo coronavírus.

É importante frisar que a Lei de Liberdade Econômica, ao alterar os dispositivos referentes à função social do contrato, instituiu o princípio da mínima intervenção estatal nos contratos, de forma a tornar excepcional a revisão dos contratos tipicamente privados. Ademais, facultou aos contratantes fixarem de maneira antecipada os requisitos para a revisão ou a resolução contratual, o que veio em boa hora, sobretudo para aqueles acordos celebrados durante a pandemia.

1 ARGENTINA. Ley 26.994, promulgado según decreto 1795/2014. Institui o Código Civil y Comercial de La Nación. Disponível em: <http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf> Acesso em 18 de setembro de 2020.

Com base nestas premissas, sobretudo com a instituição do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado, reforçou-se a ideia de que a pandemia da Covid-19 pode afastar a responsabilidade do contratante pelo não cumprimento das obrigações contratuais, por motivo do caso fortuito ou força maior.

Como também lhe é facultado a utilização do direito potestativo de requerer preferencialmente a revisão ou resolução contratual, em razão de uma superveniente onerosidade excessiva e imprevisível, ou previsível com resultados imprevisíveis, com excessiva vantagem para a outra parte, lembrando que nos contratos aleatórios, entende-se que a álea externa também poderá dar ensejo à revisão da avença.

Pontuou-se também que o evento imprevisível, que abre a possibilidade para o juiz corrigir a prestação, que se tornou desproporcional entre o momento da celebração e o da execução, não deve se restringir à figura do devedor, mas a todo um segmento da sociedade. E mais, que além dos motivos imprevisíveis, também os motivos previsíveis cujos efeitos sejam imprevisíveis também dão azo à revisão contratual.

As dúvidas quanto às implicações da pandemia nas relações contratuais ainda são muitas, o que poderá gerar relevante insegurança jurídica, razão pela qual são louváveis as medidas propostas pelo legislador, com a instituição do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado, em acréscimo aos mecanismos já existentes no Código Civil.

Conclui-se após o estudo que os objetivos propostos foram alcançados, pois foi demonstrado que a interpretação das cláusulas contratuais à luz do princípio da livre iniciativa, a análise de inadimplemento por força maior, ou a revisão e a resolução contratual, em face da pandemia do Covid-19, são juridicamente possíveis, devendo ser analisadas caso a caso, de forma a se afastar a má-fé de um dos contratantes, utilizando-se da pandemia como a única e principal justificativa.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.) *et alii*. Jornadas de direito civil, I e III enunciados aprovados. Brasília/DF: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

ALEMANHA. Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht. Disponível em: <https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/FH_AbmilderungFolgenCovid-19.html>. Acesso em 17 de setembro de 2020.

ARGENTINA. Ley 26.994, promulgado según decreto 1795/2014. Institui o Código Civil y Comercial de La Nación. Disponível em: <<http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo Civil y Comercial de la Nacion.pdf>>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

BESSONE, Darcy. Do contrato: teoria geral. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BOUZON, Emanuel. O código de Hammurabi. Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários de Emanuel Bouzon. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 11 de maio de 2020>. Acesso em 17 de setembro de 2020.

_____. Lei 14.010, 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm>. Acesso em 17 de setembro de 2020.

_____. Legislação Informatizada – Medida Provisória Nº 881, de 30 de abril de 2019 - Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037-exposicaodemotivos-157846-pe.html>>. Acesso em 17 de setembro de 2020.

_____. Senado Federal. Atividade Legislativa. Projeto de Lei 1179/2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>>. Acesso em 17 de setembro de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T., Recurso Especial 1.321.614/SP, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, publ. 03/03/2015.

FRITZ, Karina Nunes. Alemanha aprova pacote de mudanças legislativas contra a crise do coronavírus. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/322781/alemanha-aprova-pacote-de-mudancas-legislativas-contr-a-cri-se-do-coronavirus>>. Acesso em 17 de setembro de 2020.

ONU (Organização das Nações Unidas): Folha informativa - COVID-19 (doença causada pelo novo Coronavírus). Atualizada em 04 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid-19&Itemid=875>. Acesso em 04 de setembro de 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Clementino. Tratado de Direito Privado. Tomo XXIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1958.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Alterações imprevisíveis das circunstâncias: impactos contratuais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/rogerio-tucci-alteracoes-imprevisiveis-circunstancias>>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

COLLABORATIVE LAW: UMA RELEITURA NO TRATAMENTO DE LITÍGIOS FAMILIARES

COLLABORATIVE LAW: A REREADING ON THE TREATMENT OF FAMILY DISPUTES

Antonio Rafael Marchezan Ferreira

Professor Adjunto da Universidade Estadual de Maringá. Professor do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas (Mestrado Profissional) da UEM. Doutor em Direito Urbanístico pela PUC-SP. Mestre em Direito Negocial, com ênfase em Direito Processual Civil, pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. Pesquisador do Observatório das Metrópoles: Núcleo Região Metropolitana de Maringá. Advogado.

Heloara Martins Brito

Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá

Vinícius Bortoli Ramos

Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o meio alternativo de resolução de disputas denominado *Collaborative law*, aplicável a conflitos de natureza familiar. Assim, buscou-se através da revisão literária descrever o contexto de desenvolvimento do método e sua aplicação no território brasileiro. Estabeleceu-se, também, uma análise comparativa entre a *Collaborative law* e outros métodos alternativos (mediação e *Cooperative law*). Houve a preocupação de detalhar as etapas procedimentais do método, bem como o papel dos profissionais atuantes (advogados e equipe multidisciplinar composta por *coach*, profissional de saúde mental, especialista em desenvolvimento infantil e financista). Também foram objeto de análise os elementos estruturais e princípios que norteiam o processo colaborativo, com ênfase no acordo de não-litigância (*disqualification agreement*). Por fim, estabeleceu-se o paralelo entre a resolução adversarial e a colaborativa, ofertando as reflexões conclusivas e as referências do estudo.

PALAVRAS-CHAVE: *Collaborative law*; Meios Alternativos de Resolução de Conflitos; divórcio litigioso; acordo de não-litigância; lógica adversarial; lógica do consenso.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the alternative dispute resolution method named Collaborative law, applicable to family conflicts. Thus, we sought, through literary review, to describe the context of development of the method and its application in Brazilian territory. A comparative analysis was also established between Collaborative law and other alternative methods (mediation and Cooperative law). There was a concern to detail the procedural steps of the method, as well as the role of the acting professionals (lawyers and multidisciplinary team composed of coach, mental health professional, child development specialist and financier). The structural elements and principles that guide the collaborative process were also analyzed, with emphasis on the non-litigation agreement (disqualification agreement). Finally, the parallel between adversarial and collaborative resolution was established, offering conclusive reflections and study references.

KEYWORDS: Collaborative Law; Methods of Alternative Dispute Resolution; litigious divorce; disqualification agreement; adversarial logic; consensus logic.

Submetido em novembro de 2020. Aprovado em dezembro de 2021.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa debruçou-se sobre a compreensão quanto à origem e desenvolvimento da resolução colaborativa de disputas familiares, método denominado como *collaborative law*. Assim, pautou-se em avaliar os possíveis benefícios desse meio interdisciplinar de resolução de disputas, bem como verificar sua proposta quanto à postura a ser adotada pelas partes frente ao conflito, seus respectivos advogados e demais profissionais contratados e perquirir quanto à capacidade deste método em proporcionar uma experiência bem-sucedida e capaz de minimizar os desgastes econômicos e emocionais dos sujeitos envolvidos em conflitos de natureza familiar, direta e indiretamente.

O estudo em questão foi realizado principalmente em razão da necessidade de explorar novas formas de resolução de conflitos que não compreendessem as partes envolvidas como adversárias, mas sim como indivíduos detentores de vontades próprias e emoções intensas, as quais demandam serem geridas e transformadas para a possível resolução colaborativa da disputa. Nesse sentido, é preciso entender que tais sentimentos conflituosos não devem ser ignorados ou excluídos. É preciso ouvi-los e, acima de tudo, compreendê-los.

A abordagem humanizada, uma das propostas da *collaborative law*, é aplicada objetivando dar espaço aos sentimentos e desejos das partes envolvidas, sem qualquer tipo de distinção. Todas as preocupações são válidas e igualmente relevantes.

Assim, no primeiro tópico da presente pesquisa, serão abordadas as questões relativas ao contexto que proporcionou a emergência e o desenvolvimento da advocacia colaborativa, bem como a comparação entre o referido método e os demais – e talvez mais conhecidos – meios alternativos de resolução de disputas. Nesta primeira parte, será realizada também uma breve explicação acerca do funcionamento da dissolução familiar colaborativa.

Em um segundo momento, promover-se-á a descrição do papel e funções atribuídas ao advogado colaborativo e aos demais especialistas que podem vir a ser contratados no curso do processo; a indicação dos elementos essenciais ao método e também o levantamento dos benefícios da utilização da *collaborative law*, em contraposição à clássica resolução adversarial por meio de ação de divórcio litigioso. Ao final, analisaremos a aplicação e prática da resolução colaborativa de disputas familiares no Brasil.

A ORIGEM

Para uma melhor compreensão acerca do método colaborativo, faz-se necessário explicitar a história de seu surgimento. Stuart Webb, seu idealizador, um renomado advogado de família norte-americano, percebeu que mesmo nos casos em que obtinha êxito nas demandas, observava efeitos desastrosos do processo para as partes, em especial quando havia filhos envolvidos. Assim, notava que seus clientes nunca ficavam realmente felizes, pois logo percebiam que nos processos litigiosos de natureza familiar não existiam vencedores – todos perdiam.¹

Por conseguinte, no início dos anos 1990, em Minneapolis, Webb encontrou uma nova forma de advogar, afastando-se do litígio e dirigindo sua atuação a uma prática colaborativa. De

1 OLIVIA FÜRST ADVOCACIA. Práticas Colaborativas. 2017. Disponível em: <<https://www.oliviafurst.adv.br/praticas-colaborativas>>. Acesso em: 08/02/2020.

forma análoga, redigiu uma carta informando sua nova postura aos colegas de profissão e clientes, reforçando que, em caso de litígio, afastar-se-ia do caso.

Outros advogados em Minneapolis se interessaram pelas ideias de Webb e o ajudaram a formalizá-la, criando um contrato no qual ambos os advogados e as partes do divórcio participariam, comprometendo-se a negociar pautados na boa-fé e se frustrada a negociação, sendo necessário o litígio judicial, os advogados se retirariam do caso.¹

Em entrevista a Henry Yampolsky, do *Living Peace Institute*, em 2018, Webb dá mais informações acerca da origem do método:²

Em 1990, redigi uma carta aos colegas em Minneapolis que poderiam ter interesse no método colaborativo. Três responderam. A partir disso, tínhamos quatro advogados colaborativos em 1990.

Nós chegamos a um sistema de acordos, o qual funcionou. Os clientes gostaram. Começamos com quatro pessoas. Ao final do ano éramos nove. Ao final do segundo ano, éramos vinte. E então o método começou a ficar conhecido no país.³ (WEBB, 2018, tradução nossa).

Posteriormente, notando a complexidade e a natureza multidisciplinar do divórcio, a psicóloga Peggy Thompson e a advogada Pauline Tesler julgaram necessária a inclusão de profissionais de outras áreas na prática, criando uma equipe multidisciplinar. Essa adição proporcionou um número muito maior de resultados positivos, visto que contribuiu para uma visão mais humana do processo, afastando-o de tribunais e de uma ideia conflitiva.

Após a popularização da prática colaborativa em diversos estados, não apenas nos Estados Unidos, mas também em países como Canadá, França, Suíça e Austrália, profissionais brasileiros começaram a se interessar pela temática.

A chegada do método no Brasil se deve, essencialmente, à médica Tânia Almeida, assim como as advogadas Fernanda Paiva e Flavia Soeiro, cuja viagem aos EUA permitiu suas capacitações na prática. A partir disso, retornaram ao Brasil e fundaram grupos de estudos no Rio de Janeiro visando a incorporação do método à nossa realidade⁴. Ulteriormente, formaram-se grupos de estudos também em São Paulo, capitaneados pelo Dr. Adolfo Braga⁵.

Em virtude do desenvolvimento de tais grupos de estudos, em 2013, as práticas colaborativas receberam o Prêmio Innovare na categoria Advocacia, com o texto "Práticas Colaborativas no Direito de Família".

No ano seguinte ocorreu a 1ª Capacitação Nacional em Práticas Colaborativas, que formou mais de 150 profissionais colaborativos e resultou na criação do IBPC – Instituto Brasileiro de

1 HISTORY OF COLLABORATIVE DIVORCE. Collaborative Divorce.net, 2006/2020. Disponível em: <<http://www.collaborativedivorce.net/history-of-collaborative-divorce/>>. Acesso em: 15/02/2020.

2 WEBB, S. Entrevista I. Entrevista concedida ao Living Peace Institute. Entrevistador: Henry Yampolsky. 2018 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=YJYGPBY7bts&feature=emb_title>. Acesso em: 18/02/2020.

3 In 1990, I put out a letter to colleagues in Minneapolis who might be interested in the collaborative process. Three responded. So, we had four people as collaborative lawyers in 1990. We put together our system of agreements, and it worked. Clients liked it. We started with four people. By the end of the year we had nine. By the end of the second year we had twenty. And then the word started getting out around the country.

4 DENARDI, E. G.; MOURA, I. C. de; FERNANDES, M. C. As práticas colaborativas como um recurso para as situações de divórcio. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. esp., n. 36, p. 56-72, out. 2017. p. 61.

5 FÜRST, O. Práticas Colaborativas no Direito de Família. Prêmio Innovare. Ed. X, 2013. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/proposta/praticas-colaborativas-no-direito-de-familia/print>>. Acesso em: 22/07/2020.

Práticas Colaborativas. Atualmente, o IBPC já proporcionou a capacitação de mais de 1000 profissionais colaborativos em nosso país¹.

Assim, considerando que o presente método está introduzido no território nacional, é que se levanta a presente necessidade de investigação, com vista a avaliar suas propostas e sua capacidade de proporcionar um melhor tratamento a conflitos de natureza familiar.

ANÁLISE COMPARATIVA COM OUTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Desde o surgimento, em tempos mais remotos, dos métodos de resolução de conflitos como a Mediação e a Arbitragem até a adoção e criação de leis específicas que regulam a aplicação dessas metodologias no direito brasileiro (Lei nº 9.307 de setembro de 1996, intitulada “Lei de Arbitragem” e Lei nº 13.140 de junho de 2015, denominada “Lei de Mediação”), tais meios compositivos têm sido amplamente difundidos e adotados como alternativa ao ajuizamento de demandas perante o Poder Judiciário.

Tal fenômeno ocorre, essencialmente, por dois motivos principais: primeiramente, em razão do acúmulo de demandas a serem apreciadas pelo Poder Judiciário, o que torna o andamento do processo algo custoso, tanto no sentido de altos encargos e custas processuais, quanto no sentido de morosidade e pouca agilidade processual; e segundo em virtude do entendimento, cada vez mais dominante, de que nem todo o conflito necessita ser analisado, processado e solucionado pelo Poder Judiciário para que um resultado justo e coerente seja obtido, ou seja, a construção da cultura de um novo senso de justiça.

É precisamente por essa última razão que novos meios de resolução de disputas têm ganhado cada vez mais espaço, seja por meio da criação de novos métodos ou pela reinvenção daqueles que já são largamente implementados no direito brasileiro, a exemplo da mediação e da conciliação.

Todavia, é imprescindível que sejam fornecidas às partes todas as informações necessárias acerca do funcionamento do meio alternativo adotado, bem como de outros métodos que poderiam ser aplicados ao caso, mas que por alguma razão, a qual também deve ser exposta, são menos recomendados.

É por esse motivo – otimização da aplicação prática dos meios alternativos de solução de conflitos – e também para fins de comparação e organização teórica, que se faz necessário traçar um paralelo entre o método colaborativo e os demais meios de resolução apropriada de disputas.

Mediação

De modo sintético, é possível compreender a mediação como um meio autocompositivo baseado na premissa de que é responsabilidade das partes que escolheram submeter-se a esse método criar opções de soluções pertinentes ao caso,² não podendo esse papel ser atribuído a qualquer outro profissional, seja ele o advogado (que pode ou não ser contratado), seja ele o próprio mediador.

1 INSTITUTO BRASILEIRO DE PRÁTICAS COLABORATIVAS – IBPC. Disponível em: <<https://ibpc.praticascolaborativas.com.br/quem-somos/>>. Acesso em: 14/02/2020.

2 LANDE, J.; HERMAN, G. Fitting the forum to the family fuss: Choosing mediation, collaborative law, or cooperative law for negotiating divorce cases. *Family Court Review*, v. 42, n. 2, p. 280-291, 2004. p.282.

Sendo assim, o trabalho do mediador seria o de intermediar o conflito para que as partes, restabelecendo os vínculos de comunicação, proponham um acordo e se responsabilizem pelo cumprimento deste.

Ao mediador, portanto, não é permitido induzir os envolvidos a transacionar caso esses não queiram ou incluir determinações e obrigações ao termo de acordo. É justamente em razão desse impedimento, e também porque o mediador é um terceiro imparcial, que as partes devem, elas mesmas, criar os termos do seu próprio acordo de divórcio.¹

Na mediação, a faculdade de se contratar um advogado ou obter ajuda de outros profissionais pode vir a se tornar um dilema ético ao mediador que, apesar de reconhecer a necessidade da parte, não pode fornecer aconselhamentos profissionais a ela.²

Outro dilema surge do fato de que o mediador, sendo um terceiro neutro, não deve emitir juízos de valor ou sugerir, de modo direto, soluções para a demanda, já que são as partes que definem o andamento e o resultado do processo e controlam as decisões da mediação, direcionando o processo de modo avaliativo.³

Embora a neutralidade e imparcialidade do mediador, em muitos casos, favoreça ambas as partes, tais elementos podem se tornar prejudiciais quando um dos envolvidos é incapaz de negociar apropriadamente com o outro, o que muitas vezes impede que os interesses dessa parte sejam efetivamente protegidos e atendidos.

Nessa linha de pensamento, destaca-se que muitos que optam pela mediação não possuem compreensão suficiente acerca do direito ou do processo. Conseqüentemente, quando não acompanhados por advogado, acabam concordando com termos e obrigações que até mesmo um juiz não determinaria. Isso ocorre, na maioria das vezes, porque os envolvidos não dispõem de conhecimento suficiente de seus direitos e nem mesmo sabem que os têm.⁴

Todavia, é importante ressaltar que a mediação pode ser considerada apropriada para os casos em que as partes são igualmente capazes de negociar e defender seus próprios interesses sem a presença de advogados e ainda quando há preferência por profissionais neutros para guiar o processo, o que pode ocorrer quando os envolvidos não possuem poder aquisitivo suficiente para contratar advogados e outros profissionais, ou simplesmente não os querem.

A mediação também se torna mais benéfica àqueles que, ao contrário dos que escolhem o método da *Collaborative law*, possuem interesse em manter seus advogados em caso de necessidade de um divórcio litigioso, além de preferirem submeter o conflito a um método mais extensamente desenvolvido e tutelado por normas específicas.⁵

Nesse sentido, salienta-se que apesar de os métodos em discussão possuírem grandes distinções, há possibilidade de utilização conjunta da mediação e da *Collaborative law*. Essa fusão ocorre nos casos em que uma das partes submetidas ao método da *Collaborative law* deseja finalizar o processo sem a obtenção de um acordo.

Nessas situações, é aconselhado, antes do encerramento das tratativas, que ambos os envolvidos consultem um mediador. Tal intervenção, mesmo que utilizada como último recurso, é extremamente válida, já que o mediador, justamente por ser um terceiro neutro que não participou

1 SALAVA, L. American Bar Association. Collaborative Divorce: the unexpectedly underwhelming advance of a promising solution in marriage dissolution. *Family Law Quarterly*, v. 48, n. 1, n/p, 2014.

2 LANDE, J; HERMAN, G. *Op. cit.*, p. 282.

3 SPAIN, L. R. Collaborative Law: A Critical Reflection on Whether a Collaborative Orientation Can Be Ethically Incorporated into the Practice of Law. *Baylor Law Review*. v. 56, p. 141, 2004. p. 147.

4 SALAVA, L. American Bar Association. Collaborative Divorce: the unexpectedly underwhelming advance of a promising solution in marriage dissolution. *Family Law Quarterly*, v. 48, n. 1, n/p, 2014.

5 LANDE, J; HERMAN, G. *Op. cit.*, p. 282.

dos encontros anteriores, pode resolver o impasse que até mesmo os advogados mais bem-intencionados não puderam solucionar.¹

Cooperative Law

A principal diferença entre os métodos *Cooperative law* e *Collaborative law* reside no fato de que o primeiro, ao contrário do método da *Collaborative law*, não conta com a presença do acordo de não litigância ou *disqualification agreement*.

Sendo assim, ainda que as referidas práticas tenham princípios comuns² e possuam de modo geral os mesmos elementos, nos casos em que o conflito é submetido à *Cooperative law* e não houve acordo entre as partes envolvidas, os advogados que as assistiram na tentativa de composição podem também representá-las em um divórcio litigioso judicial.

Tal alternativa demonstra-se benéfica àqueles que não querem correr o risco de perder seu advogado caso uma das partes envolvidas posteriormente escolha o divórcio litigioso.³ Defende-se também que alguns clientes preferem o método cooperativo por se sentirem mais seguros sabendo que existe a possibilidade de manter seu procurador independentemente de a tentativa de composição ser bem-sucedida ou não.⁴

Contudo, é importante lembrar que em muitos casos a mera possibilidade de uma das partes abandonar as tratativas e seguir com um divórcio litigioso pode gerar instabilidade e certa insegurança na negociação, a qual sempre estaria ameaçada pelo iminente perigo de converter-se em litígio.⁵

DESCRIÇÃO DO MÉTODO

Feito o panorama geral acerca do surgimento e desenvolvimento da *Collaborative law*, faz-se necessário explicar, ainda que brevemente, no que consiste o método.

As práticas colaborativas podem ser consideradas um meio interdisciplinar de resolução de disputas. Isso porque, além de contar com a presença de advogados contratados por ambas as partes, o método também dispõe da possibilidade de auxílio por parte de especialistas que não possuem formação jurídica, tais como o especialista em desenvolvimento infantil e financista.

Quanto ao advogado, é importante ressaltar que por se tratar de um método mais amplo que os demais, a função do procurador na *Collaborative law* também é expandida e vai muito além de uma mera representação entre cliente e advogado.

Nesse sentido, é possível dizer que ocorre uma mudança de paradigma no papel do advogado, o qual torna-se comprometido a transacionar sem a intervenção do Poder Judiciário, ou seja, fora do tradicional modelo de litigância, o que é mesclado com um exercício individualizado da advocacia dentro de um ambiente colaborativo.⁶

1 LAWRENCE, J. K. L. Collaborative Lawyering: A New Development in Conflict Resolution. Ohio St. J. Disp. Resol., v. 17, p. 431, 2001. p.437.

2 LANDE, J.; HERMAN, G. Fitting the forum to the family fuss: Choosing mediation, collaborative law, or cooperative law for negotiating divorce cases. Family Court Review, v. 42, n. 2, p. 280-291, 2004. p.284.

3 LANDE, J.; HERMAN, G. *Op. cit.*, p. 281.

4 *Ibidem*, p. 284.

5 *Ibidem*, *loc. cit.*

6 SPAIN, L. R. Collaborative Law: A Critical Reflection on Whether a Collaborative Orientation Can Be Ethically Incorporated into the Practice of Law. Baylor Law Review, v. 56, p. 141, 2004. p.143.

Sendo assim, os advogados contratados por ambas as partes, juntamente com elas, focam exclusivamente em negociar sem a necessidade de levar a demanda à apreciação do juiz. Submetidos a um acordo escrito denominado *disqualification agreement* ou acordo de não-litigância, tanto os procuradores quanto os clientes se comprometem, explicitamente, a evitar um divórcio litigioso. Assim, os advogados envolvidos no processo são desqualificados de representar as partes em ação de divórcio.¹

Às partes representadas, por sua vez, é necessária a completa divulgação de todas as informações relevantes e que elas ajam sempre imbuídas de boa-fé, bem como a participação e controle ativos no processo de colaboração.²

Stuart Webb, o advogado criador do movimento das práticas colaborativas, descreveu a *Collaborative law* como mais similar à mediação do que as tradicionais negociações realizadas por advogados. Contudo, ele ressalta que a distinção entre o método colaborativo e a mediação reside no fato de que na primeira, as partes envolvidas são representadas por procuradores, aos quais incumbe a função de facilitar o processo sem a presença de um terceiro neutro, que seria o mediador. É justamente por esse motivo que se pode dizer que a *Collaborative law* consiste em uma “mediação sem mediador”.³

Uma das possíveis definições atribuídas ao método colaborativo, portanto, seria a de que:

Trata-se de um método extrajudicial de resolução de controvérsias, não adversarial e interdisciplinar, focada exclusivamente na construção conjunta dos processos decisórios por meio do diálogo. É pautada especialmente no protagonismo e na corresponsabilização das partes. (DENARDI; MOURA; FERNANDES, 2017, p. 61).⁴

Embora possa haver variações nas definições, há, na maioria delas, um denominador comum – a existência de um compromisso assinado pelos advogados de cada parte desqualificando-se de eventuais representações desses clientes em caso de ajuizamento de ação de divórcio litigioso.⁵

OS PROFISSIONAIS ATUANTES E DEMAIS ELEMENTOS DA *COLLABORATIVE LAW*

Papel do advogado colaborativo no processo de resolução do conflito

Por se tratar de um método de resolução de disputas que não conta especificamente com a presença de um terceiro imparcial que se responsabiliza por guiar as transações ou mesmo decidir sobre o mérito da controvérsia, aos advogados representantes das partes, conforme anteriormente apontado, incumbe uma função igualmente ampla e complexa. Isso porque, ao contrário de uma

1 LANDE, J.; HERMAN, G. Fitting the forum to the family fuss: Choosing mediation, collaborative law, or cooperative law for negotiating divorce cases. *Family Court Review*, v. 42, n. 2, p. 280-291, 2004. p. 281.

2 SPAIN, L. R. *Op cit.*, p.143.

3 CABRAL, A. do P.; CUNHA, L. C. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “Mediação sem mediador”. *Revista de Processo*. v. 41, n. 259, n/p, set. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.18.PDF>. Acesso em: 22/04/2020.

4 DENARDI, E. G.; MOURA, I. C. de; FERNANDES, M. C. As práticas colaborativas como um recurso para as situações de divórcio. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre*, v. esp., n. 36, p. 56-72, out. 2017. p. 61.

5 SPAIN, L. R. Collaborative Law: A Critical Reflection on Whether a Collaborative Orientation Can Be Ethically Incorporated into the Practice of Law. *Baylor Law Review*, v. 56, p. 141, 2004. p.143.

representação processual tradicional, espera-se do advogado no exercício da advocacia colaborativa a compreensão de que não existem partes adversárias, mas indivíduos tomados por emoções e sentimentos ocasionados pela dissolução do vínculo matrimonial.

Portanto, a busca nesse caso não se limita à procedência dos pedidos iniciais, mas sim à obtenção de um acordo que seja igualmente benéfico a todos os envolvidos. Por esse motivo, é imprescindível que ocorra o abandono da lógica adversarial e adoção do que chamamos de lógica do consenso.

Antes de submeter seu cliente ou qualquer conflito ao método colaborativo, o advogado necessita assegurar que aquele está completamente ciente das limitações impostas quanto à representação, já que essa encontra-se restrita ao ambiente colaborativo e não poderá ser estendida a eventual ação de divórcio. Ainda, o representado deve ser totalmente informado (de maneira compreensível e acessível) acerca de tais condições, é necessário que esse também manifeste seu consentimento quanto ao modelo de representação, bem como sobre os serviços que poderão ou não ser prestados pelo procurador.¹

Desse modo, torna-se responsabilidade do advogado avaliar se possui a capacidade de fornecer ao cliente uma representação justa, a fim de que a ele sejam informados todos os riscos e benefícios de utilizar-se da *Collaborative law*.²

É esperado também que os procuradores envolvidos, exercendo o seu papel de profissionais e operadores do direito, possuam a competência necessária para analisar individualmente cada controvérsia, visando compreender se seria adequado solucioná-la por meio do método colaborativo ou por outros métodos alternativos de resolução de conflitos.³

Nesse sentido, o papel desempenhado dentro de um contexto colaborativo e não adversarial pode ser considerado um desafio ao procurador, já que consiste em um meio-termo entre o que seria a função de um mediador – terceiro neutro e imparcial – e a função de um advogado propriamente dito, o qual deve representar os interesses de seu cliente de modo zeloso, competente e diligente.⁴

Com relação à proteção de interesses, é importante ressaltar que tal primazia não deve se limitar ao atendimento dos interesses exclusivos de uma das partes. Cada advogado envolvido no processo colaborativo não deve atender apenas às demandas de seu representado, mas também levar em consideração os desejos da outra parte, os quais necessitam ser atendidos com igual importância e relevância. Sendo assim, os deveres de competência e diligência do advogado são expandidos e englobam o exercício da advocacia de maneira criativa, aberta e flexível.⁵

Em oposição ao que ocorre dentro do tradicional modelo de resolução de disputas, os advogados, ao desempenhar seu papel nos moldes da advocacia colaborativa, não trabalham um contra o outro, mas como um time, visando auxiliar ambos os clientes a identificar e solucionar todos os impasses que dizem respeito ao divórcio. Desse modo, advogados colaborativos desenvolvem habilidades de comunicação e negociação e não devem opor ameaça de litígio a outra parte caso seu representado não obtenha tudo aquilo que deseja.⁶

1 SPAIN, L. R. Collaborative Law: A Critical Reflection on Whether a Collaborative Orientation Can Be Ethically Incorporated into the Practice of Law. *Baylor Law Review*, v. 56, p. 141, 2004. p.143.

2 *Ibidem, loc. cit.*

3 *Ibidem.*, p. 158.

4 *Ibidem.*, p. 153.

5 LAWRENCE, J. K. L. Collaborative Lawyering: A New Development in Conflict Resolution. *Ohio St. J. Disp. Resol.*, v. 17, p. 431, 2001.

6 MERLIN, R. The Collaborative Law Process Act: the future is now. *The Florida Bar Journal*, Florida/EUA, p.53-56, abr.2017. p.54.

Nesse contexto, é imprescindível que os advogados compreendam que revidar agressões ou replicar argumentos do procurador da outra parte nem sempre é sinal de força ou capacidade profissional. A necessidade de sempre rebater e revidar, na realidade, pode se relacionar com certa inflexibilidade do profissional e ocasionar eventual prejuízo ou danos aos interesses do cliente, os quais devem, em qualquer situação, ser prioridade do procurador.¹

Além do incentivo à conversa franca e aberta entre as partes envolvidas no processo de divórcio, tal abertura deve também ser estimulada entre os advogados de cada parte, os quais necessitam, antes mesmo de assumir o compromisso de representação, discutir acerca do nível de comprometimento de cada um com o exercício da advocacia colaborativa. É preciso que ambos os procuradores estejam, na medida do possível, igualmente focados em colaborar e contribuir e não em competir. Tal cooperação mútua engloba tanto a divulgação de todas as informações relevantes para o processo, quanto a boa-fé nas negociações, o que se relaciona intimamente com o exercício de uma advocacia aberta e flexível, conforme já apontado anteriormente.

Ainda que o objetivo da *Collaborative law* seja o de promover o acordo entre as partes, existe sempre a possibilidade de que o advogado, de modo consciente ou inconsciente, comprometer seu papel ao confundir o encorajamento e estímulo à obtenção de acordo com o ato de pressionar as partes para que essas solucionem o conflito. Por essa razão, é necessário que ambos os procuradores sejam suficientemente sensíveis e evitem qualquer tipo de imposição aos envolvidos, primando sempre pelo bem-estar dos representados.²

A literatura analisada aponta que a advocacia colaborativa, quando bem aplicada, tende a proporcionar a satisfação pessoal das partes. Advogados que optam pelo exercício da advocacia colaborativa frequentemente relatam que o desempenho do papel de advogado em um contexto colaborativo envolve uma integração entre valores profissionais e pessoais, os quais se unem na construção de uma identidade coerente, a qual traz grande gratificação profissional, que anteriormente era rara em seu trabalho.³

A equipe multidisciplinar

A contratação de profissionais neutros e imparciais pertencentes a outras áreas é importante e se faz bastante oportuna. O advogado, mesmo que extremamente competente, não é capaz de lidar com todas as questões que emergem durante o divórcio, tais como os sentimentos conflitantes das partes com relação à dissolução do vínculo matrimonial, bem como as demandas financeiras oriundas de eventual divisão de bens.

Por essa razão, e também visando fornecer aos clientes uma assistência mais ampla, que abarque problemas de natureza financeira, emocional e parental, é recomendável, durante o processo colaborativo, a formação de uma equipe multidisciplinar.

Tais profissionais que compõem a equipe são treinados dentro da dinâmica psíquica do divórcio e visam a uma reestruturação saudável da família, além de possuírem efetivas habilidades de comunicação, resolução de conflitos e colaboração interdisciplinar.⁴ Paradoxalmente, pagar pelo trabalho desses especialistas, geralmente resulta em um divórcio que custa menos do que aquele

1 LAWRENCE, J. K. L. *Op. cit.*, p.431.

2 SPAIN, L. R. *Collaborative Law: A Critical Reflection on Whether a Collaborative Orientation Can Be Ethically Incorporated into the Practice of Law*. *Baylor Law Review*, v. 56, p. 141, 2004. p.168.

3 TESLER, P. H. *Collaborative Family Law*, 4 *Pepp. Disp. Resol. L.J. Iss. 3* (2004). Disponível em: <<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol4/iss3/2>>. Acesso em: 20/05/2019. p. 319.

4 TESLER, P. H. *Collaborative Family Law*, 4 *Pepp. Disp. Resol. L.J. Iss. 3* (2004). Disponível em: <<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol4/iss3/2>>. Acesso em: 20/05/2019. p. 331.

em que os clientes seriam representados e assistidos apenas pelos advogados, sem o time multidisciplinar.¹

Coach ou profissional de saúde mental

As autoras Denardi, Moura e Fernandes (2017, p. 64 a 65)² apontam que o trabalho de um *coach*, ainda que focado na saúde mental dos envolvidos, não se confunde com a função de um terapeuta. O primeiro deles atua momentaneamente, apenas durante o processo de divórcio colaborativo. Incumbe ao *coach* o papel de fornecer aos clientes as ferramentas necessárias para lidar com os próprios sentimentos e os alheios, visando especificamente à obtenção de um acordo de divórcio que beneficie ambas as partes e que proporcione uma boa relação pós-dissolução do matrimônio.³

Sendo assim, o *coach* não fornece qualquer tipo de terapia ao casal. Na realidade, se ele percebe que seria benéfico a alguma das partes iniciar uma terapia individual, deverá encaminhá-la a um terapeuta externo, o que deve ocorrer de maneira não compulsiva, ou seja, por vontade do próprio indivíduo.

Ao psicólogo, em contrapartida, é atribuída uma tarefa mais profunda e extensa, que seria a de acompanhar o indivíduo mesmo após o término do método colaborativo e da dissolução do vínculo entre as partes. Mesmo que o divórcio tenha sido bem-sucedido, é possível que o ex-cônjuge carregue consigo certos sentimentos e traumas que apenas poderão ser externados e profundamente analisados com a ajuda de sessões de terapia, análise essa que não pode ser realizada pelo *coach*, já que esse não possui tempo hábil para tanto e nem foi contratado ou preparado para essa função.

Nesse sentido, é importante lembrar que se recuperar de um divórcio se assemelha à recuperação do trauma que causaria a morte do cônjuge e tal recuperação pode tomar anos da vida de um indivíduo.⁴ É por essa razão que é recomendável a intervenção de um *coach* durante o processo de divórcio e a assistência de um psicólogo após o término desse processo.

Muitos dos envolvidos em um processo de divórcio desejam obter um resultado positivo e sem maiores conflitos. Todavia, os clientes, em sua maioria, não possuem por si só as ferramentas emocionais necessárias para retirá-los de sua situação emocional atual e guiá-los até o seu objetivo principal: um “bom divórcio”.⁵

Sendo assim, um *coach* pode ajudar os envolvidos a distinguir o que se costuma chamar de “eu sombrio” daquele que é denominado como “verdadeiro eu”.⁶ A autora Pauline H. Tesler (2004, p. 325) nomeia esse “verdadeiro eu” de *highest intentioned client*, que traduzido ao português seria o “cliente melhor intencionado”. Tal cliente deseja verdadeiramente um divórcio respeitoso e um acordo razoável, que permita um pós-divórcio funcional e que conte com uma família reestruturada, a qual mesmo após a dissolução do vínculo matrimonial, conta com pais capazes de educar conjuntamente seus filhos. Já o “eu sombrio”, segundo a autora, seria a parte do

1 *Ibidem.*, p. 332.

2 DENARDI, E. G.; MOURA, I. C. de; FERNANDES, M. C. As práticas colaborativas como um recurso para as situações de divórcio. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. esp., n. 36, p. 56-72, out. 2017. p. 64-65.

3 MERLIN, R. The Collaborative Law Process Act: the future is now. The Florida Bar Journal, Florida/EUA, p.53-56, abr.2017. p. 55.

4 TESLER, P. H. Collaborative Family Law, 4 Pepp. Disp. Resol. L.J. Iss. 3 (2004). Disponível em: <<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol4/iss3/2>>. Acesso em: 20/05/2019. p. 325.

5 *Ibidem.*, loc. cit.

6 LANDE, J.; HERMAN, G. Fitting the forum to the family fuss: Choosing mediation, collaborative law, or cooperative law for negotiating divorce cases. Family Court Review, v. 42, n. 2, p. 280-291, 2004. p. 283.

indivíduo que foi profundamente ferida pela perda do casamento e transita por estados emocionais de capacidade reduzida, que se caracterizam por períodos tomados por sentimentos primitivos como raiva, medo, culpa etc.

Desse modo, espera-se que o *coach*, durante os encontros, desenvolva juntamente com cada uma das partes, capacidades relacionadas ao cliente melhor intencionado. Portanto, a esse profissional incumbe a função de treinar os envolvidos para que esses comuniquem-se de maneira altamente focada e com maior assertividade. Cabe ao profissional de saúde mental auxiliar também na diminuição do estresse e ensinar aos clientes técnicas para controle da raiva, as quais devem ajudá-los a dar um andamento eficiente ao processo de divórcio colaborativo.¹

Especialista em desenvolvimento infantil

Apesar de o método colaborativo ser baseado na necessidade de inserir os cônjuges em um local de protagonismo durante a tomada de decisões referentes ao divórcio, salienta-se que tal protagonismo não pode se tornar excessivo a ponto de colocar os filhos em segundo plano ou compreendê-los, ainda que inconscientemente, apenas como uma consequência dentro do processo de divórcio. O protagonismo deve abranger também a prole, que deve ser priorizada.

É necessário que além das vontades dos cônjuges, os desejos e bem-estar dos filhos também sejam levados em consideração durante o processo de negociação. É para justamente focar nas necessidades – principalmente emocionais – da criança ou adolescente, que o especialista em questão se insere no método colaborativo: para dar voz àqueles que muitas vezes não a têm e para defender de modo coerente os interesses dos filhos,² que também sofrem, assim como seus pais, com a dissolução do casamento.

Se aos pais e ex-cônjuges geralmente faltam ferramentas para lidar com seus próprios sentimentos conflitantes e compreender a natureza de suas emoções, é esperado da criança ou adolescente que esses, do mesmo modo, possuam pouca habilidade de compreensão acerca do momento que estão vivendo e dos sentimentos que dele resultam, mas que impactam sua vida de modo permanente, seja esse impacto positivo ou negativo.

O especialista, portanto, deve direcionar seu foco não àquilo que desejam os pais, mas sim em ajudá-los a comunicar-se de maneira eficiente um com o outro, de modo que os interesses da criança sejam consistentemente atendidos e compreendidos. Em alguns casos, os serviços do profissional devem ser utilizados quando existem assuntos delicados envolvendo o menor e os pais não são capazes de resolver suas diferenças sem a assistência de um especialista cujo objetivo principal é escutar as vontades do(s) filho(s) e fazer com que essas sejam também ouvidas pelos pais.³

Sendo assim, o profissional encontrará a criança em um local privado, sem a presença dos pais, e a auxiliará a expressar seus sentimentos e preocupações sobre o divórcio, encorajando, assim, a criança/adolescente a pensar criativamente acerca do futuro. Então o especialista deve comunicar aos advogados responsáveis pelas negociações as expectativas, desejos e esperanças da criança quanto ao divórcio, e essas informações devem ser consideradas quando um plano sobre a vida dos filhos for traçado.⁴

1 TESLER, P. H. *Op. cit.*, p.331.

2 MERLIN, R. The Collaborative Law Process Act: the future is now. The Florida Bar Journal, Florida/EUA, p.53-56, abr.2017. p. 55.

3 MERLIN, R. The Collaborative Law Process Act: the future is now. The Florida Bar Journal, Florida/EUA, p.53-56, abr.2017. p. 55.

4 *Idem.*

Financista neutro

O financista neutro, por sua vez, deve desempenhar sua função de modo a identificar a renda, despesas, ativos financeiros e débitos, além de fornecer aos advogados a documentação necessária para o processo de negociação. Esses profissionais também auxiliam os envolvidos com relação as suas preocupações imediatas no que toca questões orçamentárias. Desse modo, o especialista identifica os principais problemas financeiros das partes e presta assistência durante o processo visando analisar tais questões e projetando, a longo prazo, as consequências financeiras de cada possível acordo de divórcio pactuado.¹

O financista neutro ajuda as partes a reunir informações indispensáveis para compreender a situação financeira da família e assiste os envolvidos na decisão de como realizar a divisão de ativos e passivos, e também em questões relacionadas ao eventual pagamento de pensão alimentícia aos filhos. Nesse sentido, salienta-se que o especialista neutro não dita às partes como devem promover a divisão de bens ou qual valor deve ser pago a título de pensão, por exemplo. O profissional apenas une os dados relevantes e necessários e os apresenta às partes e seus advogados, que os usarão como ferramentas no momento da negociação,² a qual deve ser realizada levando em conta o caso concreto e a situação financeira atual e posterior das partes, sem que nenhuma delas seja grandemente prejudicada com a divisão de bens.

É necessário também, nesse aspecto, que o financista exerça a função de educar as partes para, individualmente, poder controlar suas próprias finanças e rendimentos após o divórcio. Tal preparação deve ocorrer principalmente porque após a dissolução do casamento, a situação financeira de uma ou até mesmo de ambas as partes pode se modificar consideravelmente, principalmente nos casos em que rendas dos cônjuges se complementavam para manter um certo padrão de vida – para si mesmos e aos filhos – ou quando um deles dependia financeiramente do outro.

ELEMENTOS E PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O MÉTODO COLABORATIVO

Tem-se como elemento principal e absolutamente necessário à caracterização do método colaborativo o que se entende por acordo de não-litigância ou *disqualification agreement*. Por meio desse termo, os advogados que representam os interesses de cada parte envolvida se comprometem a retirar-se de sua posição de procuradores em caso de não obtenção de acordo extrajudicial por meio da *Collaborative law* e necessidade de ajuizamento de ação de divórcio.

A extinção da representação pode ocorrer por escolha das partes – seja de uma delas ou de todas as partes envolvidas – as quais, mesmo após os encontros e negociações, compreendem que não haverá a possibilidade de composição, ou também por iniciativa do(s) advogado(s), que devem retirar-se do caso em situações em que reconhecem que apesar de todas as tentativas, não será viável ou possível chegar a um consenso sem a intervenção do Poder Judiciário. Isso pode ocorrer quando o representante percebe que um dos envolvidos não está totalmente comprometido com o método e age de má-fé, o que torna a continuidade do processo algo lesivo e fadado ao insucesso.

É necessário, em qualquer uma das situações acima indicadas, que a extinção da representação ocorra de modo a causar o mínimo de impacto aos ex-cônjuges, que não podem ser

1 TESLER, P. H. Collaborative Family Law, 4 Pepp. Disp. Resol. L.J. Iss. 3 (2004). Disponível em: <<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol4/iss3/2>>. Acesso em: 20/05/2019. p. 325.

2 MERLIN, R. The Collaborative Law Process Act: the future is now. The Florida Bar Journal, Florida/EUA, p.53-56, abr.2017. p. 55.

prejudicados pelo encerramento do método colaborativo, seja pela ocorrência de danos financeiros ou emocionais.

A existência do acordo de não litigância foi pensada justamente para evitar possíveis ameaças de litígio que eventualmente poderiam ser proferidas por uma das partes ou por seu advogado ao outro envolvido. Por essa razão, o *disqualification agreement* também proporciona aos ex-cônjuges um ambiente mais acolhedor e seguro, no qual esses sentem-se protegidos o suficiente para expor seus pensamentos, sentimentos e fraquezas.

Essa exposição de informações e dados está submetida a um termo de confidencialidade. Com esse termo, fica vedado o uso de qualquer informação cedida e obtida durante a vigência do método colaborativo em qualquer situação fora desse ambiente. Sendo assim, é proibido utilizar-se de possíveis declarações feitas por uma das partes ou documentos fornecidos durante o processo colaborativo em uma futura e eventual ação de divórcio.

Nesse sentido, o fornecimento de dados, documentos e declarações, apesar de sigiloso fora do método colaborativo, dentro dele, baseia-se na premissa de que todas as informações relevantes ao processo deverão ser expostas e fornecidas pelas partes e seus representantes durante os encontros.

Nessa linha de pensamento, ressalta-se que qualquer retenção de informação por uma ou ambas as partes seria um atentado ao princípio da boa-fé nas negociações, além de se tornar um empecilho à construção de um ambiente seguro e confiável. A liberação de informações, ainda que essas não favoreçam o cliente que as fornece, corrobora para que o outro lado se sinta suficientemente protegido e confiante para também expor aquilo que possui de relevante para o bom andamento do processo colaborativo, andamento esse que precisa ser dado de maneira conjunta, com esforço e comprometimento mútuos.

Tal princípio da informação e revelação de todas as informações necessárias é o mais típico da advocacia colaborativa e vai de encontro ao senso comum das típicas estratégias jurídicas. Nelas, as informações importantes e os documentos essenciais são geralmente mantidos em sigilo pela parte que entende como estratégico e necessário, o que não deve ocorrer no método colaborativo.¹

Quanto às reuniões realizadas entre as partes e seus representantes, também chamadas de *four way meetings*, essas deverão ser efetuadas conforme a necessidade dos envolvidos. Em tais encontros – sempre realizados pessoalmente – deverão ser incentivadas discussões abertas e ativas, nas quais as partes terão a mesma oportunidade para se manifestar e apontar quais os seus desejos e objetivos.

Sobre os encontros realizados no processo colaborativo, expõe Maziero:

Estas reuniões devem ser previamente preparadas e conduzidas com o máximo de respeito, profissionalismo e zelo de todas as partes, lembrando-se sempre que o objetivo não é o de investigar culpados ou de atribuir responsabilidades, mas de identificar e acordar eventuais soluções relativas ao futuro. (MAZIERO, 2018, p.32).

As respectivas reuniões deverão ocorrer em momentos distintos. A primeira delas tende a acontecer no escritório de um dos advogados. Nela são traçados os objetivos principais de cada uma das partes, bem como serão pontuados e expostos os interesses dos envolvidos. Ainda deverá ser certificado durante o primeiro encontro se ambas as partes estão certas quanto à escolha do método colaborativo para a resolução do conflito. Nessa mesma oportunidade, serão estabelecidas

1 MAZIERO, F. G. M. Inovação na Solução de Conflitos: a advocacia colaborativa. Revista Multidisciplinar da PUC Minas no Barreiro, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 23-46, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://periodicos.puc_minas.br/index.php/percursoacademico/article/view/17430>. Acesso em: 13/07/2020. p.32.

diretrizes para as demais reuniões subsequentes e também os assuntos a serem priorizados, bem como eventual contratação de especialistas da equipe multidisciplinar etc.¹

Na última delas, ocorrerá a assinatura do termo final, documento esse em que consta o acordo resultante das negociações caso elas tenham restado frutíferas. Tal termo eventualmente terá força de título executivo e constitui obrigação imposta aos envolvidos.²

Caso as tratativas não tenham logrado êxito e seja reconhecida a necessidade de ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário, tal termo acima indicado não deverá ser assinado. Nesses casos, os advogados, em razão do disposto no acordo de não-litigância, deverão retirar-se do caso e repassá-lo a outro representante legal.

PARALELO ENTRE A RESOLUÇÃO ADVERSARIAL DOS CONFLITOS DE FAMÍLIA E A APLICAÇÃO DA COLLABORATIVE LAW

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a cada três casamentos no Brasil, um acaba em divórcio. Ainda, a presença de filhos na relação vem deixando de ser obstáculo para que os casais optem pela separação, o que resultou em um aumento de 13,4% dos divórcios judiciais com guarda compartilhada entre 2014 e 2017.³

Ao levarmos em consideração o referido aumento no número de divórcios, principalmente com a presença de filhos no processo, faz-se necessário salientar as notórias diferenças e vantagens da *Collaborative law* face à resolução adversarial.

A primeira e mais relevante diferença está na intenção das partes: enquanto no divórcio litigioso a maioria dos envolvidos busca "sair ganhando" ou "vencer" o ex-cônjuge, na prática colaborativa, em contrapartida, ocorre a condução do método com o intuito de que o acordo seja proveitoso a ambos os clientes. Ou seja, na medida em que a advocacia colaborativa almeja a resolução do problema, o divórcio litigioso gera um ambiente de disputa entre os ex-cônjuges.⁴

Outra nítida diferença é que o divórcio colaborativo, ao contrário do tradicional, ocorre integralmente fora do Poder Judiciário, sem a intervenção desse durante o procedimento. A única possível participação do Juiz seria em casos de necessidade de homologação judicial do acordo redigido conjuntamente por ambas as partes, o qual seria encaminhado ao Poder Judiciário para que, após a cientificação e manifestação do Ministério

1 MAZIERO, F. G. M. Inovação na Solução de Conflitos: a advocacia colaborativa. Revista Multidisciplinar da PUC Minas no Barreiro, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 23-46, jan./jun. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.puc Minas.br/index.php/percursoacademico/article/view/17430>>. Acesso em: 13/07/2020. p.40.

2 *Ibidem.*, p. 40-41.

3 ONGARATTO, S. Brasil: um a cada três casamentos termina em divórcio. Revista Crescer. Abr.2019. Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Familia/Sexo-e-Relacionamento/noticia/2019/04/brasil-um-cada-tres-casamentos-termina-em-divorcio.html>>. Acesso em: 22/07/2020.

4 CABRAL, A. do P.; CUNHA, L. C. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): "Mediação sem mediador". Revista de Processo. v. 41, n. 259, n/p, set. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.18.PDF>. Acesso em: 22/04/2020.

Público, ocorresse a homologação da transação.¹ Por essa razão, esquivava-se de custas judiciais desnecessárias, resultando em uma almejavél economia processual.

Da mesma forma, a centralização das decisões “nas mãos do juiz” limita a participação das partes, dando um caráter impessoal ao processo. O método colaborativo, por sua vez, ao lidar com o divórcio de forma multidisciplinar e envolver a participação de especialistas como o *coach* e demais profissionais, traz uma maior preocupação com a vivência dos envolvidos, afastando a impessoalidade habitualmente presente no litígio.

Por fim, destaca-se que as constantes reuniões realizadas durante o método colaborativo são agendadas de acordo com a necessidade e disponibilidade das partes, o que torna o procedimento mais célere e inclinado ao sucesso, já que é o método que se amolda ao caso e aos desejos das partes, e não o contrário. Em um processo que tramita perante o Poder Judiciário, quase sempre os litigantes precisam adequar-se às datas disponíveis e às determinações impostas pelo Juiz, não podendo dar andamento ao processo de forma livre e personalizada.

BENEFÍCIOS DA COLLABORATIVE LAW E CONTEXTO NO QUAL DEVE SER APLICADA

Conforme exposto no presente estudo, a *Collaborative law* possui diversas vantagens quando comparada a outros meios de resolução de conflitos.

Ao trabalhar em conjunto com profissionais de outras áreas, a prática colaborativa orienta-se não apenas pela vontade das partes engajadas no procedimento, mas também cuida das necessidades materiais e emocionais de terceiros, a exemplo dos filhos presentes no processo de divórcio.

Outra considerável conveniência da *Collaborative law* é a possibilidade de os advogados contratados aconselharem legalmente seus clientes, aconselhamento esse que não é previsto ou obrigatório em métodos como o da mediação.

Na prática colaborativa não se requer a neutralidade e imparcialidade dos procuradores envolvidos e nem a participação de um terceiro não interessado que desempenhe a função de intermediar o conflito. Os representantes legais agem de acordo com o interesse das partes e, obviamente, respeitam os princípios da cooperação e boa-fé.

No mais, é necessário lembrar que a dinâmica mais flexível do método colaborativo o torna menos custoso, mais célere e eficiente. A ideia de que se as partes não entrarem em acordo, terão de resolver o conflito judicialmente, o que as sujeitaria à demora causada pelo congestionamento de processos em trâmite perante a justiça comum, além do pagamento de custas, estimula a aceitação dos envolvidos ao acordo.² Nesse sentido, as *four-way meetings* permitem que os participantes materializem ideias e soluções naquele momento, as quais poderiam nunca aparecer em outro procedimento.

Não obstante os benefícios às partes, a prática é benéfica também ao advogado. Em razão da percepção do procurador de que conseguiu ajudar seu cliente a passar por um processo extremamente delicado causando o mínimo de danos emocionais, o advogado colaborativo pode sentir uma realização profissional distinta do advogado de família comum,

1 DENARDI, E. G.; MOURA, I. C. de; FERNANDES, M. C. As práticas colaborativas como um recurso para as situações de divórcio. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. esp., n. 36, p. 56-72, out. 2017. p. 61.

2 SALAVA, L. American Bar Association. Collaborative Divorce: the unexpectedly underwhelming advance of a promising solution in marriage dissolution. Family Law Quarterly, v. 48, n. 1, p. 1-11, 2014.

encontrando, finalmente, o seu propósito dentro da profissão e ajudando organicamente na popularização do método.

Apesar de ser extremamente vantajosa, a prática colaborativa depende de um contexto para que seja de fato, efetiva. A respeito de sua aplicação, John Lande desenvolveu um quadro comparativo explicitando diversos fatores que afetam a aplicabilidade da *Collaborative Law*.¹

Num primeiro momento, há o viés financeiro. Com relação a ele, o autor ressalta que as partes devem estar dispostas a contratar advogados para defender seus interesses, sendo cada uma responsável pelo pagamento de seu representante. Além disso, é necessário ter o conhecimento prévio de que, caso não cheguem a um acordo, os envolvidos terão de contratar novos advogados para a resolução litigiosa. Igualmente, poderão contratar outros profissionais (neutro financeiro, *coaches*, especialista infantil), cuja atuação será remunerada pelas partes, dividindo as despesas de forma igualitária.

Por último, as partes devem estar completamente dispostas a negociar de forma razoável e ter a ciência de que estão optando por uma prática inovadora, que ainda não está totalmente regulamentada pelo ordenamento jurídico e que vem se aperfeiçoando ao longo dos anos.

APLICAÇÃO E PRÁTICA DA ADVOCACIA COLABORATIVA NO BRASIL

A advocacia colaborativa ainda não é tão difundida em nosso território, visto que é um tema relativamente novo. Ainda não está presente nas grades curriculares da maioria de nossas universidades, algo que já ocorre com a Arbitragem e a Mediação. Contudo, há espaço para o crescimento da *Collaborative law* no Brasil e também muitos profissionais que contribuem para a sua expansão em nosso território.

Dentre eles, vale citar nomes como Olivia Fürst e Adolfo Braga – ambos atuantes na área do direito, – bem como a médica Tânia Almeida. Todos esses são coordenadores do projeto “Práticas Colaborativas no Direito de Família”, vencedor da X Edição do Prêmio Innovare de 2013 na categoria Advocacia.

Do mesmo modo, é válido destacar a atuação do advogado Franco Giovanni Mattedi Maziero, coordenador do Grupo de Estudos “As Práticas Colaborativas no Direito Brasileiro” e autor do livro “Manual da Advocacia Colaborativa”, no qual detalha o método e o seu procedimento.

Finalmente, o encontro mais recente acerca da temática ocorreu entre os dias 5 e 7 de março deste ano, na 16ª Capacitação Nacional em Práticas Colaborativas, sediada em Belo Horizonte e realizada pelo Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas (IBPC). O evento contou com a participação de especialistas na área, como Olivia Fürst, Monica Lobo, Marília Campos Oliveira e Telles e Maria Izabel Montenegro.²

CONCLUSÃO

1 LANDE, J.; HERMAN, G. Fitting the forum to the family fuss: Choosing mediation, collaborative law, or cooperative law for negotiating divorce cases. *Family Court Review*, v. 42, n. 2, p. 280-291, 2004. p.286.

2 ÂMBITO JURÍDICO. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/noticias/belo-horizonte-recebe-capacitacao-nacional-em-praticas-colaborativas/>>. Acesso em: 22/07/2020.

Apesar de existirem inúmeros benefícios advindos da aplicação do método colaborativo no âmbito do direito de família, especialmente nos casos de divórcio, nota-se que tal meio de resolução apropriada de disputas ainda é pouco conhecido e aplicado ao direito brasileiro.

Embora novos meios de solução de conflitos sejam criados regularmente, dificilmente essas inovações chegam ao conhecimento do aplicador do direito, a exemplo do juiz e do advogado.

Isso se dá justamente pela formação acadêmica do operador do direito, a qual é majoritariamente construída dentro de um contexto voltado para a disputa entre as partes, que são compreendidas quase sempre como adversárias, e não como colaboradoras na construção de uma solução que abarque os objetivos de todos os envolvidos.

Nas disputas comuns não se prioriza a possibilidade de sucesso de ambos clientes que litigam em lados contrários. O objetivo não é o acordo, mas resoluções que pressupõem a seguinte dualidade: se eu ganho, o outro necessariamente deve perder.

Todavia, nos casos em que uma ação de divórcio é ajuizada, ainda que formalmente exista a parte vencida e a parte vencedora, ambos os ex-cônjuges acabam perdendo. Tal perda se relaciona com os gastos financeiros referentes às custas, despesas processuais e feridas emocionais que esse processo proporciona.

Destaca-se, ainda, a cultura constantemente reforçada, seja implícita ou explicitamente, de que as partes que se encontram em lados opostos possuem objetivos irreconciliáveis. Ou seja, elas passam a se compreender e se posicionar como adversários, o que acaba impedindo a construção de um bom relacionamento pós dissolução do casamento.

Ainda que certas demandas não possam, por sua natureza, serem afastadas da apreciação por parte do Poder Judiciário, é necessário e urgente entender que nem sempre a melhor solução para o conflito é aquela imposta adjudicada por um terceiro. A melhor solução, em muitas situações, é a que foi construída pelos próprios envolvidos, que, se dispostos a ouvir o outro atenta e abertamente, obtêm resultados extremamente satisfatórios.

REFERÊNCIAS

ÂMBITO JURÍDICO. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/noticias/belo-horizonte-recebe-capacitacao-nacional-em-praticas-colaborativas/>>. Acesso em: 22/07/2020.

BEZERRA, E. Advocacia colaborativa ganha força e adeptos no Brasil. Conjur - Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-07/advocacia-colaborativa-ganha-forca-adeptos-brasil>>. Acesso em: 12/02/ 2020.

BRASIL. Lei nº 9.307 de setembro de 1997. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1996.

BRASIL. Lei nº 13.140 de junho de 2015. Dispõe sobre a Mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 jun. 2015.

CABRAL, A. do P.; CUNHA, L. C. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): "Mediação sem mediador". Revista de Processo. v. 41, n. 259, n/p, set. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.18.PDF>. Acesso em: 22/04/2020.

- CARVALHAES, G. L. *Advocacia Colaborativa: uma nova alternativa ao judiciário*. 48 f. Monografia. Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2019.
- DENARDI, E. G.; MOURA, I. C. de; FERNANDES, M. C. As práticas colaborativas como um recurso para as situações de divórcio. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. esp., n. 36, p. 56-72, out. 2017*.
- FÜRST, O. *Práticas Colaborativas no Direito de Família*. Prêmio Innovare. Ed. X, 2013. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/proposta/praticas-colaborativas-no-direito-de-familia/print>>. Acesso em: 22/07/2020.
- HISTORY OF COLLABORATIVE DIVORCE. Collaborative Divorce.net, 2006/2020. Disponível em: <<http://www.collaborativedivorce.net/history-of-collaborative-divorce/>>. Acesso em: 15/02/2020.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE PRÁTICAS COLABORATIVAS – IBPC. Disponível em: <<https://ibpc.praticascolaborativas.com.br/quem-somos/>>. Acesso em: 14/02/2020.
- LANDE, J.; HERMAN, G. Fitting the forum to the family fuss: Choosing mediation, collaborative law, or cooperative law for negotiating divorce cases. *Family Court Review, v. 42, n. 2, p. 280-291, 2004*.
- LAWRENCE, J. K. L. Collaborative Lawyering: A New Development in Conflict Resolution. *Ohio St. J. Disp. Resol., v. 17, p. 431, 2001*.
- MAZIERO, F. G. M. Inovação na Solução de Conflitos: a advocacia colaborativa. *Revista Multidisciplinar da PUC Minas no Barreiro, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 23-46, jan./jun. 2018*. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/17430>>. Acesso em: 13/07/2020.
- MERLIN, R. The Collaborative Law Process Act: the future is now. *The Florida Bar Journal, Florida/EUA, p.53-56, abr.2017*.
- OLIVIA FÜRST ADVOCACIA. *Práticas Colaborativas*. 2017. Disponível em: <<https://www.oliviafurst.adv.br/praticas-colaborativas>>. Acesso em: 08/02/2020.
- ONGARATTO, S. Brasil: um a cada três casamentos termina em divórcio. *Revista Crescer, Abr.2019*. Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Familia/Sexo-e-Relacionamento/noticia/2019/04/brasil-um-cada-tres-casamentos-termina-em-divorcio.html>>. Acesso em: 22/07/2020.
- SALAVA, L. American Bar Association. Collaborative Divorce: the unexpectedly underwhelming advance of a promising solution in marriage dissolution. *Family Law Quarterly, v. 48, n. 1, p. 1-11, 2014*.
- SPAIN, L. R. Collaborative Law: A Critical Reflection on Whether a Collaborative Orientation Can Be Ethically Incorporated into the Practice of Law. *Baylor Law Review, v. 56, p. 141, 2004*.
- TESLER, P. H. Collaborative Family Law, 4 Pepp. Disp. Resol. L.J. Iss. 3 (2004). Disponível em: <<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol4/iss3/2>>. Acesso em: 20/05/2019.
- VENOSA, S. de S. *Direito Civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- WEBB, S. Entrevista I. Entrevista concedida ao Living Peace Institute. Entrevistador: Henry Yampolsky. 2018 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=YJYGPHY7bts&feature=emb_title>. Acesso em: 18/02/2020.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL BRASILEIRO E AMERICANO

JUDICIALIZATION OF POLICY AND JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL AND IN THE UNITED STATES: AN ANALYSIS OF BRAZILIAN AND AMERICAN JURISDICTIONAL CONTROL

Edith Maria Barbosa Ramos

Pós-doutora em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ/Brasília/DF. Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Professora e Vice-Coordenadora do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário (NEDISA/UFMA). Professora e Pesquisadora da Universidade do CEUMA - UNICEUMA. Bolsista do BEPP/FAPEMA. Membro Convidado da Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário e da Associação Lusófona de Direito da Saúde - ALDIS.

Pedro Trovão do Rosário

Doutor em Direito (Direito Constitucional e Político). Diretor do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa e Vice-Presidente da Fundación Universitária Internacional. Doutor Honoris Causa pela Universidade Latino Americana e do Caribe (ULAC). Membro Internacional da Comissão de Direito à Educação na Seccional da OAB/RJ e Membro Emérito da Comissão de Estudos de Direito Comparado da OAB/RJ. Investigador registrado na Fundação para Ciência e a Tecnologia (FCT). Advogado no escritório Trovão do Rosário & Associados, Sociedade de Advogados.

Karla Cristiane Pereira Vale

Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Pós-graduanda em Gestão do Sistema Prisional pela Universidade Estadual do Maranhão - UEMA. Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera. Professora do Instituto Maranhense de Ensino e Cultura - IMEC. Professora da Faculdade Santa Terezinha - CEST. Supervisora da Gestão de Alvarás da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Maranhão - SEAP/MA. Membro do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário - NEDISA/UFMA.

RESUMO: Com o advento do Neoconstitucionalismo, a partir da segunda metade do século XX, observou-se no Brasil e no mundo a ascensão do protagonismo judicial, o que é revelado por meio dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. O Judiciário vem sendo lançado a deliberar sobre as mais diversas demandas da vida política, social e econômica, deliberando sobre assuntos, que a princípio seriam reservados ao campo de atuação das esferas políticas, Executivo e Legislativo. No exercício da jurisdição constitucional, objetivando tutelar direitos fundamentais e garantir a efetivação da norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal vem, em certa medida, causando desequilíbrios institucionais, muitas vezes violando o princípio estruturante da Separação dos Poderes. Deste modo, o presente artigo objetiva analisar a judicialização da política e o ativismo judicial à luz do direito brasileiro com exemplos e experiências trazidas do direito estadunidense, identificando suas origens e as principais causas. Para alcançar o escopo da presente pesquisa utilizou-se o método dedutivo, com a apropriação histórica de conceitos fundamentais. Para o levantamento de informações e estruturação da fundamentação teórica, os principais procedimentos de coleta de dados foram bibliográfico e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; Judicialização da política; Suprema Corte Americana; Supremo Tribunal Federal brasileiro.

ABSTRACT: With the advent of Neoconstitutionalism, from the second half of the twentieth century, the rise of judicial protagonism was observed in Brazil and in the world, which is revealed through the phenomena of the judicialization of politics and judicial activism. The Judiciary has been launched to deliberate on the most diverse demands of political, social and economic life, deliberating on matters, which at first would be reserved for the field of action of the political, Executive and Legislative spheres. In the exercise of constitutional jurisdiction, aiming to protect fundamental rights and guarantee

the effectiveness of the constitutional rule, the Federal Supreme Court has, to a certain extent, caused institutional imbalances, often violating the structuring principle of the Separation of Powers. Thus, this article aims to analyze the judicialization of politics and judicial activism in the light of Brazilian law with examples and experiences brought from American law, identifying its origins and the main causes. To achieve the scope of this research, the deductive method was used, with the historical appropriation of fundamental concepts. For collecting information and structuring the theoretical foundation, the main data collection procedures were bibliographic and documentary.

KEYWORDS: Judicial activism; Judicialization of politics; American Supreme Court; Brazilian Supreme Court.

Submetido em março de 2020. Aprovado em dezembro de 2021.

INTRODUÇÃO

O mundo moderno, sobretudo as democracias ocidentais, assistem uma ascensão do Poder Judiciário, atuando como protagonista da vida política, econômica e social das democracias ocidentais. Protagonismo antes reservado aos demais poderes do Estado.

No Brasil, com o advento da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal deixou de ser apenas um órgão chancelador de decisões do Legislativo e do Executivo, passando a adotar uma postura ativa, deixando de ser um simples coadjuvante e com vistas a concretização dos novos preceitos constitucionais e, principalmente, a efetivação de direitos fundamentais (CAMPOS, 2014).

Muito desse protagonismo judicial deve-se a lentidão e omissão dos agentes políticos no governo e no parlamento, em responder as demandas de uma sociedade cada vez mais exigente. Deve-se considerar ainda o desprestígio da classe política, assim como as frequentes restrições orçamentárias, o Estado brasileiro vem encontrando inúmeras dificuldades para efetivação do Texto Constitucional brasileiro de 1988.

Nesse cenário, o Judiciário vem sendo chamado cada vez mais para atuar como garantidor da nova ordem constitucional, considerando que nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal - STF deixou de ter um papel de mero espectador da vida nacional, assumindo o papel de protagonista a partir decisões de natureza mais diversa, de questões de natureza administrativas, invadindo a mérito e a discricionariedade reservada ao administrador, às questões de natureza política, reservadas a ampla discussão dos representantes do povo nas Casas Legislativas.

Demandas de natureza estritamente política vêm sendo levadas ao Judiciário, ocorrendo uma verdadeira Judicialização da Política. De mesmo modo, demandas de natureza meramente administrativa vêm sendo deliberadas pelo Judiciário. Essa ampla atuação do STF nos últimos anos, apesar de em alguns momentos ser necessária, muitas vezes avança sobre as esferas de atuação reservadas a outros poderes, causando um verdadeiro desequilíbrio institucional.

Para Barroso (2012) o protagonismo judicial é fruto da Judicialização da Política, que por sua vez leva ao Ativismo Judicial. Esse fenômeno vem se repetindo nas principais democracias ocidentais, podendo ser analisado como sinal de maturidade democrática e efetivação das normas constitucionais. Mas, por outro lado, quando utilizado sem razoabilidade pode levar a uma disfunção sistêmica entre os poderes constituídos, tornando-se um grande risco para a própria democracia.

Vale ressaltar que Ativismo Judicial e Judicialização da Política são termos próximos, mas tecnicamente distintos, pois enquanto o primeiro refere-se a questões de proatividade, de postura dos agentes jurídicos, buscando sempre a efetivação de direitos fundamentais e garantias previstas na Constituição e na legislação; a judicialização da política trata de fenômeno observado nos últimos anos que levou ao Judiciário a discussão de temas originalmente de competência do Executivo e mais comumente de competência do Legislativo.

A Judicialização da política, destarte, é um processo sociopolítico por meio do qual o poder constituinte ou parlamentar atuam ampliando a área de desempenho dos tribunais, juridicizando setores da vida política, social e econômica que antes não estavam sujeitos à ação judicial. (BASILONE LEITE, 2014).

Com suas raízes na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, o ativismo é compreendido como uma participação mais ampla, eficaz e intensa do Poder Judiciário, visando a efetivação de preceitos estabelecidos nas constituições, muitas vezes, ultrapassando os limites originalmente concebido à jurisdição, invadindo as esferas do Legislativo e do Executivo.

Nesta senda, os Estados Unidos são o principal palco da discussão em torno do papel dos juízes e cortes no sistema político em que operam e o berço do próprio ativismo judicial. (CAMPOS, 2014). Vale ressaltar que a atuação da Suprema Corte Americana é tão marcante que não há a menor dúvida de que essas decisões definiram agendas políticas e sociais daquele país por décadas (FACCHINI NETO, 2018). Com base nessa afirmativa, é crucial entendermos o debate norte-americano para só assim analisarmos o fenômeno do ativismo no Brasil.

A partir disso, objetiva-se com o presente estudo fazer uma análise do ativismo judicial e da judicialização da política sob a luz da atuação do STF e relacioná-lo com a atuação da Suprema Corte Americana e seus mecanismos de controle de constitucionalidade, apontando críticas a possíveis desvios que possam afetar os limites de atuação dos poderes do Estado.

Em razão disso, a presente pesquisa utilizou o método de dedutivo, com a apropriação histórica de conceitos como judicialização da política, ativismo judicial e constitucionalismo. Para o levantamento de informações, os principais procedimentos de coleta de dados foram bibliográficos e documentais (LAKATOS, 2007). Para o levantamento bibliográfico foram utilizados artigos obtidos em diferentes bancos de dados e indexadores, publicados na íntegra em português, espanhol e inglês, acessados de forma gratuita. Ademais, foram selecionadas revistas científicas na área do Direito Constitucional Comparado com extratos elevados, quais A e B, tendo como descritor de buscas, os termos: judicialização da política; ativismo judicial; Brasil e Estados Unidos na América - EUA.

Para cumprir o procedimento de coleta de dados foram analisados documentos oficiais e textos normativos expedidos por organismos nacionais de ambos os países, bem como documentos internacionais que tratam da temática da judicialização. O conjunto de documentos e textos normativos coletados contemplou tratados, constituições, declarações, legislações e normas infralegais. Foram, assim, considerados válidos os documentos e textos normativos que permitiram o levantamento de informações no campo das dimensões indicadas na configuração do objeto pesquisado. Destaque-se que se procurou superar posturas metodológicas rígidas, demarcando a análise em diversas variáveis contextuais, quais sejam, jurídica, social, econômica e política, a fim de que se evitasse considerações maniqueístas e sem objetivação científica e se conseguisse empreender uma investigação socialmente situada.

Diante da metodologia apresentada, o presente artigo foi estruturado da seguinte maneira: No primeiro capítulo e seus desdobramentos analisa-se a relação do Poder Judiciário brasileiro, assim como será feita uma breve análise acerca dos mecanismos de controle de constitucionalidade e a judicialização da política à luz do princípio da Separação de Poderes. Posteriormente, no segundo capítulo, será analisada a "*judicial review*" estadunidense e o fenômeno ativismo judicial brasileiro, fazendo um breve paralelo entre os institutos. Interessante notar que cada país possui um desenho institucional e social

diferente, sendo essas questões de significativa importância quando se buscam as raízes da judicialização.

1 O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E SEUS MECANISMOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O processo de judicialização da política tem como marco consolidador no Brasil a promulgação da Constituição da República de 1988 e a consequente implantação do regime democrático de governo, na qual foram instituídos vários instrumentos processuais que estenderam a margem de interferência do cidadão nas decisões e ações estatais pela via judicial, tais como a ampliação do rol de sujeitos legitimados para ajuizar ação popular e ação direta de inconstitucionalidade, incluído, neste caso, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, o que ampliou a “comunidade de intérpretes da Constituição”, a expansão do rol de competências do Ministério Público; a criação do mandado de injunção e do mandado de segurança coletivo (BASILONE LEITE, 2014).

Posto esse novo cenário houve uma explosão nas contendas constitucionais no país. Outro grande reflexo na judicialização da política foi o fato da Carta Constitucional brasileira de 1988 outorgar ao STF um número impressionante de competências e instrumentos decisórios.

Apesar da nova ordem constitucional inaugurada no Brasil em outubro de 1988, a Corte Constitucional não incorporou de forma imediata em suas decisões as novas diretrizes implantadas com o novo momento constitucional, dando impressão que manteria o recente passado de passivismo judicial, o que pode ser explicado pelo fato que nos primeiros anos da vigência da Constituição o STF era inteiramente composto por ministros nomeados durante a ditadura militar, com características autorrestritivas.

Contudo, à medida que o século XXI se aproximava, e com a nomeação de novos ministros de tendências ativistas, essa cultura jurisprudencial ligada ao positivismo estrito e deferência aos demais atores políticos, foi cedendo espaço a uma nova prática de ideias neoconstitucionalistas, favoráveis ao avanço do papel da Corte como agente transformador da realidade social. Atualmente, dado ao teor de inovação, complexidade e profundidade de suas decisões, o Supremo Tribunal Federal é considerado uma das Cortes com maior protagonismo no mundo.

No Brasil, com a redemocratização e o advento de uma Constituição analítica, na qual buscou-se assegurar, ainda que de forma limitada, uma gama imensa de direitos fundamentais e sociais, o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal passa a ter um papel fundamental na concretização das normas constitucionais, chegando atualmente no exercício de sua atividade jurisdicional, a se sobrepor sobre as esferas de atuação reservada inicialmente aos outros Poderes, em especial ao Legislativo.

Outra questão é a adoção de mecanismos de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, que no caso brasileiro é um dos mais abrangentes do mundo, pois mescla os sistemas: americano e europeu. Ou seja, o controle difuso e incidental, bem como o

controle das ações diretas, como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Já pelo modelo estadunidense, estrutura-se no controle incidental, onde qualquer magistrado ou Tribunal pode deixar de aplicar uma lei ao caso concreto, caso considere a lei inconstitucional.

No modelo europeu, predomina o controle exercido por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas à apreciação direta e em tese imediata ao Supremo Tribunal Federal. Soma-se a esse modelo, no Brasil, o grande número de legitimados para propositura de tais ações junto à Suprema Corte, criando-se um ambiente favorável a ativação da jurisdição constitucional, em que qualquer questão moral ou politicamente relevante é levada para apreciação no Supremo Tribunal Federal, levando-o ao protagonismo político e social, observado nos últimos anos.

Nesse novo contexto, o STF passou a analisar e decidir tema de alta sensibilidade política como a verticalização de coligações partidário-eleitoral (ADIs 3685 e 3686); quantidade de vereadores por municípios (RE 197.917); cláusulas de barreiras (ADIs 1351 e 1354); fidelidade partidária (MS 30.459) entre outras.

Na mesma pegada, a Corte não deixou de se debruçar sobre questões morais ultrasensíveis, como pesquisas com células troncos embrionárias (ADI 3.510), uniões homoafetivas (ADPF 132), políticas de cotas raciais e socioeconômicas (ADPF 186), descriminalização de aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54), e no campo da moralidade administrativa vedou a prática do nepotismo (Súmula Vinculante nº 13).

Essa atuação proativa da Suprema Corte, sobretudo quando realiza o controle de constitucionalidade, passou a integrar o cotidiano do brasileiro, em face do seu grande alcance na vida social, repercutindo com grande destaque nas mídias de massa. Essa postura mais ativa é bastante elogiada por grande parte da doutrina, mas também encontra ferrenhos críticos que enxergam no ativismo judicial uma interferência indevida na atividade legislativa e administrativa, constitucionalmente reservada aos outros Poderes, enfraquecendo o princípio constitucional da Separação dos Poderes, uma vez que acaba por quebrar a harmonia entre os três Poderes, afetando diretamente a princípio democrático, que é basilar do Estado brasileiro.

Visto como um dos críticos do ativismo judicial, o professor Ramos (2010) afirma que o ativismo judicial é um fenômeno que ultrapassa os limites da função jurisdicional. O autor utiliza o termo "moralismo jurídico", que segundo ele, contribui ainda mais para o sufocamento do Poder Legislativo, já prejudicado pelo excesso de edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo. O autor afirma também que o Poder Legislativo pode ter seu espaço invadido tanto por decisões ativistas (em sede de controle de constitucionalidade), tanto por decisões excessivamente criativas). Diante disso, faz-se necessário analisar a judicialização da política sob a ótica do princípio da Separação dos Poderes, como será observado a seguir.

1.1 A judicialização da política à luz do princípio da separação dos poderes

O Estado de Direito surge a partir da prévia jurisdicização e institucionalização do Poder em uma Carta Política, inaugurando o movimento constitucionalista, que inovou no que tange a organização estatal, submetendo todo o Estado a uma Constituição, nascendo assim o Estado Constitucional, vinculado à primazia do Texto Constitucional e dos seus princípios, submetido ao estruturante Princípio da Separação dos Poderes. A Constituição brasileira de 1988 trouxe a previsão do referido princípio em seu artigo 2º, ditando que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Esse princípio, nos moldes conhecidos hoje, é oriundo do pensamento iluminista do XVIII e correligionário do Estado Democrático de Direito, preconizando que o Poder antes absoluto e concentrado na figura do soberano deveria ser exercido por órgãos distintos, independentes e harmônicos, com seus titulares gozando de garantias, com cada órgão interferindo minimamente na atividade atribuída ao outros órgãos, com mecanismos necessários para frear e inibir qualquer tipo de abuso de poder, mecanismos esses conhecidos como sistemas de freios e contrapesos, sendo este princípio tão importante e decisivo para legitimidade do Estado de Direito.

Diante de determinado preceito constitucional, é imperioso afirmar que a função preponderante de cada poder admite certo grau compartilhamento. Entretanto, seu núcleo essencial não pode ser exercido por outro poder que não seja o competente, de forma a evitar interferência indevida na alçada de outra instituição, prática vedada nas constituições democráticas e núcleo essencial da Teoria de Montesquieu em sua obra “O espírito das Leis” de 1799.

Assim é vedado ao Judiciário interferir nas atribuições essenciais das outras funções estatais a ponto de descaracterizar-se, e de garantidor da Constituição seja ele próprio o violador. A necessidade da separação dos poderes não só distingue a funções do Estado, mas consagra também o sistema de freios e contrapesos, caracterizado por um mecanismo de controle recíproco entre os Poderes.

Ocorre que, atualmente, diante das constantes transformações sociais, não podemos nos apegar ao rigorismo de teorias sem compreender que, embora se trate de um instrumento importante para a manutenção da democracia, diante da sociedade complexa em que vivemos, exige-se a criação de mecanismos e/ou outras ferramentas que acabe agregando novos valores¹ ou uma nova roupagem ao princípio da Separação dos Poderes.

Nesse mesmo sentido, Capelleti (1993) ensina que um dos grandes aspectos contribuidores para o desenvolvimento da judicialização da política atualmente, reside no *déficit* normativo, o qual não acompanha o grande crescimento das demandas da sociedade civil moderna, corroborando assim, para a transferência desses conflitos na seara jurídica, e conseqüentemente, acaba fazendo com que o órgão julgador faça as vezes de legislador.

1 “O Princípio da Separação dos Poderes ainda se mostra caro e de extrema importância ao desenvolvimento das democracias no século XXI, contudo, é certo que não podemos fechar os olhos à sua nova roupagem, ando-lhe o valor necessário sem que fiquemos presos a conceitos erigidos sob uma sociedade que não mais espelha a complexa realidade político-social contemporânea” (FERREIRA. Eber de Meira. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. Tese (Mestrado em Direito.) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2014. p. 43).

1.2 A judicialização da política e o ativismo judicial brasileiro após o advento do neoconstitucionalismo

Várias razões justificam a judicialização da política e o ativismo judicial enquanto fenômeno que atinge as democracias modernas, e uma delas é a crise no sistema jurídico. Em virtude disso, há o que podemos chamar de razões político-estruturais, ou seja, o constitucionalismo moderno.

Com o advento do constitucionalismo moderno, a partir da segunda metade do século XX, observou-se no Brasil e no mundo a ascensão do protagonismo judicial, que é revelado através dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. A nomenclatura do tema já sugere inovações, algo que venha transformar o direito, entretanto como pondera o ministro Luiz Roberto Barroso (2014, p.189), “tudo ainda é incerto, pode ser um avanço ou uma volta ao passado, pode ser um movimento circular ou uma guinada de 360 graus”.

O Neoconstitucionalismo busca concretizar os direitos fundamentais, e postulados agasalhados nas Cartas Constitucionais. Num cenário de tantas injustiças e insegurança a adoção de um novo parâmetro constitucional foi essencial para a efetivação do direito.

Diante disso, Facchini Neto (2018) disciplina que a legislação adquire novas características, com normas de textura mais abertas e a incidência de conceitos indeterminados, sendo oportunizado pelo *welfare state* e a ideia de acesso à justiça.

No Brasil com o advento da Constituição da República de 1988, implantou-se (teoricamente) com certo atraso em relação à Europa, um modelo de bem-estar social, fruto do jogo de forças políticas travado pelas mais diferentes correntes durante a Assembleia Constituinte, momento no qual as forças denominadas “progressistas” desenharam um projeto institucional mais incisivo politicamente.

A partir de tal pensamento, cada vez mais o Poder Judiciário vem sendo lançado a se posicionar sobre as mais diversas demandas da vida política, social e econômica, deliberando sobre temas, que a princípio, seriam reservados ao campo de atuação das esferas políticas e passando a então a ter papel ativo na efetivação das diretrizes das Constituições, permitindo-se, muitas vezes, aos juízes a interferência nas políticas públicas através da atividade jurídica. A função constitucional do Poder Judiciário, até então mero aplicador formal da legislação, passa a ser de agente transformador da vida social, exigindo do administrador público, a efetivação de políticas públicas discutidas e aprovadas no âmbito do Poder Legislativo, garantindo que tais políticas atendam aos interesses dos cidadãos.

Noutra banda, foi a partir do modelo neoconstitucionalista que ocorreu o modelo de transformação da hermenêutica constitucional, com base em vertentes filosóficas e decisões com efeitos *erga omnes*, no caso do STF. Assim, é possível afirmar que o neoconstitucionalismo foi um dos fatores responsáveis pela releitura da Separação dos Poderes, pois a doutrina neoconstitucionalista permitiu a flexibilização do princípio já mencionado, possibilitando, em alguns momentos, que o Poder Judiciário recorresse a interpretações subjetivistas despidas de tecnicismo.

2 A “JUDICIAL REVIEW” AMERICANA E O FENÔMENO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

Tassinari (2013) defende em sua obra “Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário” que é interessante estudar a atuação do Poder Judiciário nos Estados Unidos por, pelo menos, três motivos: primeiro, porque foi no seio da tradição jurídica estadunidense que surgiram as discussões sobre ativismo judicial; segundo, porque, em face da insurgência do constitucionalismo democrático no Brasil pós Constituição de 1988 e a consequente mudança produzida no que diz respeito ao papel assumido pela jurisdição, a doutrina brasileira passou a incorporar a expressão ativismo judicial, algumas vezes acompanhada (senão fundamentada) pelos aportes teóricos norte-americanos; terceiro – e, porque é importante analisar quais as possibilidades de realizar esta transposição de teorias ao Direito brasileiro.

Para a doutrina norte-americana, o termo “ativismo” surgiu numa publicação da Revista *Fortune*, revista não-jurídica, por Arthur Schlesinger Jr, em artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*. No referido artigo, o autor classificou os juizes da Corte em: (i) juizes ativistas com ênfase no direito das minorias e das classes mais pobres (Justices Black e Douglas); (ii) juizes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade (Justices Murphy e Rutledge); (iii) juizes campeões da autorrestricção (Justices Frankfurter, Jackson e Burton); e (iv) juizes representantes do equilíbrio de forças (balance of powers – Chief Justice Fred Vinson e Justice Reed) (CAMPOS, 2014).

Para Carvalho, a intervenção política da Suprema Corte americana é, muitas vezes, hiperdimensionada por vários autores do direito público e por cientistas políticos, pois o número de intervenções, em sede de ativismo, não sustenta o *status* de “supercorte”, como sustentam os escritos sobre o tema (CARVALHO, 2007).

A origem do ativismo judicial na Suprema Corte Americana data do início do século XIX, mais precisamente em 1803 com o julgamento do famoso caso *Marbury v. Madison*, uma vez que William Marbury e outros secretários haviam sido nomeados no apagar das luzes do governo de John Adams e não tinham sido investidos na função no governo de Thomas Jefferson. Diante de tal recusa, Marbury utilizou a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que havia outorgado à Suprema Corte a competência originária para julgar o *mandamus* contra autoridades públicas como secretários de estado de governo federal (CAMPOS, 2014, p. 51).

A Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade de lei federal pela primeira vez e deixou de aplicar a Seção 13 do *Judiciary Act*, nascendo assim mecanismos de controle de constitucionalidade, que logo seriam adotados nas Constituições mundo afora. A face ativista dessa decisão está no fato de que Constituição 1787 não prevê a utilização de tais mecanismos, sendo o *judicial review*, como chamado na doutrina estadunidense, fruto da atividade interpretativa da Suprema Corte perante a força normativa da Constituição.

O referido julgado fundou a possibilidade de revisão judiciária de atos dos outros ramos do Estado: i) a Constituição está acima das leis ordinárias, ii) sempre que houver contrariedade destas com aquela, compete às Cortes dar aplicação à lei primordial, iii) ao fazê-lo, cabe ao Judiciário interpretar as leis, exercendo as atribuições dispostas na

Constituição, embora esta não disponha abertamente sobre tal pronunciamento (OLIVEIRA, 2018, p. 80).

Por sua vez, alguns argumentos contrários à *judicial review* foram elencados nas seguintes hipóteses: (i) a Constituição, ao prever a cláusula de supremacia não disse que em lugar algum os demais ramos do direito não teriam um espaço constitucional de atuação e autoridade, pois não há na Constituição Americana qualquer autoridade para rever as decisões do Congresso; (ii) a circunstância de que a invalidação, pelo Judiciário, de atos emanados dos outros departamentos agride a separação dos poderes, o que pode ser designado por dificuldade contramajoritária da revisão judicial; (iii) o fato de que as decisões do Judiciário não estão sujeitas a controle eleitoral (desenhando assim os limites das decisões do Legislativo e do Executivo numa espécie de verdadeira prestação de contas) (OLIVEIRA, 2018, p. 83).

A segunda fase do ativismo judicial nos Estados Unidos é marcada pela filosofia política do capitalismo *laissez-faire*, responsável pela mudança paradigmática no âmbito de atuação interpretativa da Corte Constitucional Americana. Momento este em que juízes declararam inconstitucionais várias leis que regulavam a economia em detrimento da liberdade contratual¹.

Num terceiro momento, as decisões da Suprema Corte Americana já assumem uma feição similar à desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal: a reafirmação das liberdades civis. Neste momento, embora tenha ocorrido o fim da fase conservadora, o ativismo permanece num caráter de natureza progressista.

Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos, “em vez da garantia aos direitos de propriedade e liberdade de contrato da classe econômica dominante, passou-se a priorizar a proteção das liberdades civis, principalmente, dos mais desprotegidos e menos favorecidos” (CAMPOS, 2014, p. 66).

Conhecida como Corte *Warren* (1953 a 1969), várias decisões históricas foram proferidas em sede de direitos processuais de réus criminais, o direito à igualdade de tratamento de grupos menos favorecidos e direitos de liberdade de expressão e religião.

Um fator importante a ser analisado é o sistema jurídico norte-americano ou o sistema *common law*. Nesse sistema a decisão judicial tem duplo papel, o primeiro papel é o de aplicação do Direito ao caso concreto, fazendo coisa julgada, o outro papel consiste no valor dado às decisões das Cortes de Apelações e Cortes Superiores, como precedentes a ser analisados quando de novas decisões em casos similares. Nesse sistema, os precedentes, a jurisprudência, equivalem ao que é a lei e a Constituição para o sistema romano-germânico ou *civil law*.

A maioria dos países, incluindo o Brasil, por influência do milênio direito romano e mais recentemente por influência do direito alemão, adotou o sistema romano-germânico. Nesses sistemas os órgãos julgadores verificam a adequação de determinada conduta à lei, utilizando-se dos métodos de interpretação e integração nas situações onde configurarem-se lacunas, com decisão fazendo coisa julgada apenas para o caso analisado, em regra, não

1 De 1895 a 1937, período conhecido como “governo dos juízes” foi marcado pelo conservadorismo e dotada de um forte componente político de caráter intervencionista no campo das escolhas políticas do legislador, a Corte declarou inconstitucionais várias leis federais e estaduais de caráter regulatório e social, que dispunham sobre salários mínimos, limites de horas diárias e semanais de trabalho (como no caso dos padeiros na “*Era Lochner*”) etc.

vinculando julgadores em situações futuras, ainda que a decisão tenha sido emanada de Tribunais Superiores.

No sistema *common law*, o julgador realiza a análise de adequação do caso concreto aos precedentes vigentes emanados pelas cortes de apelações, em caso de lacuna o julgador de primeiro grau utilizar-se-á das técnicas de interpretação e integração. Em caso de processos de integração e interpretação emanadas das cortes de apelações originarem decisões inovadoras, estas tornam-se precedentes para futuros julgamentos. Assim a integração de lacunas no sistema norte-americano assemelha-se a atividade legislativa, diferente do que ocorre no nosso sistema de justiça.

Ainda sobre o sistema *common law*, Ramos disciplina que nele adota-se uma conceituação ampla de ativismo judicial, envolvendo a atividade interpretativa do aplicador oficial do Direito ou a integração de lacunas, bem como as situações em que o magistrado extrapola os limites impostos pelo legislador. (RAMOS, 2010)

Analisadas brevemente as características de cada sistema, é de fácil compreensão que o ativismo judicial, assim como a judicialização da política tenham encontrado terreno fértil nos Estados Unidos, a proximidade entre a função jurisdicional e legiferante concentram-se muitas vezes em um único órgão, as Cortes Superiores, criando normas jurídicas a ser aplicadas em situações futuras.

Ramos e Oliveira Júnior fazem uma diferença crucial entre os sistemas brasileiro e americano, pois enquanto o ativismo norte-americano parece ter por objeto a contenção da atividade legislativa, o ativismo brasileiro não visa à contenção de excessos cometidos por outros Poderes, mas sim à compensação da inação do Poder Legislativo e Executivo, na implementação de determinados direitos previstos na Constituição ou em resposta a certos reclamos do corpo social (RAMOS, OLIVEIRA JUNIOR, p. 372).

2.1 O PROCESSO DE FORMAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGISLAÇÃO AMERICANA

A Constituição Americana de 1787 adotou o princípio da Separação dos Poderes tendo por essencial a independência e, ao mesmo tempo, a fiscalização entre os três poderes, de forma a proporcionar para cada um deles a função constitucional de controle sobre os demais. Porém, é imperioso ressaltar que os americanos não tratam sobre a separação dos poderes de forma direta, pois a Constituição de 1787 disciplina sob a horizontalidade entre os poderes do estado e a capacidade de invalidarem leis e atos normativos sob a incidência de um controle de constitucionalidade (TROVÃO, RAMOS, 2019, p. 9).

Outra questão importante é o fato de quem o controle jurisdicional norte-americano não foi previsto constitucionalmente. Ademais, a referida Corte não enfrenta questões jurídicas em abstrato, sendo que dificilmente determina um resultado final. Na verdade, o que ocorre é uma orientação para o tribunal inferior a fim deste emitir uma nova consideração para o caso. (BAUM, 1987). Vale ressaltar que BAUM (1987, p. 12), afirma que a Suprema Corte é um órgão político, e como parte integrante do governo, são instituições políticas por definição.

Com base nisso, Carvalho analisa alguns aspectos do controle de constitucionalidade norte-americano disciplinado que: (i) a Corte só enfrenta questões in concreto; (ii) questões como o número de juízes e suas qualificações são fixadas por lei ordinária em vez de especificadas na Constituição; (iii) a escolha dos juízes passa pelo crivo do Senado, cabendo a este a homologação feita pelo Presidente; (iv) o Congresso, os litigantes e a própria Corte influenciam a pauta de julgamento, sendo que esta última pode abster-se de uma decisão final sobre qualquer assunto que seja parte de sua competência facultativa; (v) a pré-seleção de casos e (vi) a faculdade de escolher os casos que quer julgar aliada à capacidade de conceder a legitimidade da propositura de uma ação torna a Corte Suprema norte-americana capaz de estabelecer estratégias de escolha de casos (CARVALHO, 2007).

2.2 O ATIVISMO JUDICIAL ENTRE CONSERVADORES E LIBERAIS

Em alguns julgados da Suprema Corte Americana, a depender do que está em análise e da composição de seus membros, é notório a mudança de posicionamento dos seus membros. Com base nesta informação, percebe-se que a história do ativismo judicial nos Estados Unidos é marcada por um duelo político-ideológico entre conservadores e liberais pela alma da Suprema Corte. (CAMPOS, 2014, p. 60). Baum classifica conservadores e liberais de acordo com três categorias: liberdade, igualdade e regulação econômica (BAUM, pg. 112).

Conservadores e liberais divergem sobre determinados temas e os graus de intervenção do Estado em certos setores como economia, federalismo, aborto, ações afirmativas etc. Mas entre eles há um ponto em comum: ambos são dispostos a utilizar o ativismo judicial para avançar suas agendas político-ideológicas e são igualmente dispostos a atacar juízes e cortes quando não é a sua agenda que está sendo posta em prática (CAMPOS, 2014).

Porém, além de representar um tema que envolve por vezes assuntos políticos, o embate entre conservadores e liberais no contexto norte-americano é diferente do brasileiro, este último voltado às questões garantistas e o modelo americano utilizado mais como estratégia política dos presidentes para avançar seus ideais governistas do que para a garantia de direitos e liberdades fundamentais da população dos Estados Unidos, sobretudo das minorias desprotegidas (CAMPOS, 2014; TASSINARI, 2013).

RAMOS e OLIVEIRA JUNIOR, afirmam que liberalismo e conservadorismo são conceitos imprecisos, pois determinados juízes podem ser liberais ou conservadores a depender do tema em questão (p. 355).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, conclui-se que a utilização do ativismo judicial acarreta sérios prejuízos à manutenção do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o órgão julgador utiliza-se de sua discricionariedade para decidir nos casos em que falta

regulamentação, embasando-se em suas próprias convicções e/ou vivências, extrapolando assim os limites impostos pelo Princípio da Separação dos Poderes.

Diante disso, verificamos que o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política traduzem uma noção de comportamento exorbitante de competência por parte Judiciário, adquirindo a princípio, uma feição negativa, pois a politização da Corte é prejudicial ao próprio Poder Judiciário por trazer descrédito à sua atuação, sendo questionada, em alguns momentos, a falta de tecnicismo e a fragilidade teórica das decisões, sendo motivadas com base apenas em utopias e em termos genéricos e com interpretações ambíguas.

Entretanto, é imperioso ressaltar que não se pode negar, de maneira absoluta, os benefícios experimentados pela sociedade com o comportamento proativo do Judiciário, diante das omissões danosas dos Poderes Legislativo e Executivo no que atine à concretização dos direitos fundamentais.

Nos Estados Unidos não há a menor dúvida de que as decisões da Suprema Corte definiram agendas políticas e sociais daquele país por décadas, embora seja temeroso utilizar o referido como parâmetro pois como analisado no presente artigo, os Estados Unidos são um caso à parte no que tange no que diz respeito ao controle de constitucionalidade.

Cabe ressaltar que, críticas a determinadas decisões do Judiciário também são cabíveis, sobretudo aquelas que afetam o equilíbrio constitucional dos Poderes, pois estes devem atuar de forma colaborativa na consecução dos direitos dos cidadãos, não extrapolando os limites impostos na Constituição.

Interessante notar que, quando exercido dentro dos limites constitucionais, o ativismo judicial é essencial a qualquer sociedade. Num cenário de evolução rápida e constante não se admite mais um judiciário apático, ele deve ser o garantidor da adoção de políticas públicas, pelos demais poderes, que visem efetivar direitos fundamentais.

Porém, mesmo levando em conta a alta complexidade da nossa atual sociedade, a qual deu margem ao Poder Judiciário assumir uma posição mais proativa em determinadas situações, isso não implica, necessariamente, na abertura de precedentes para a criação de direito, a ele cabendo interpretar a norma constitucional dentro dos limites estabelecidos na Constituição, sob o risco de atuar como legislador negativo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil - 3. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012.

BASILONE LEITE, Roberto. O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2014.

BAUM, Lawrence. A Suprema Corte Americana. Ed. Forense-Universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1987 (tradução Élcio Cerqueira).

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In; FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gioti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). As novas faces do ativismo judicial. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 387-341.

BRASIL, 1988. Constituição da república Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: S.A. Fabris, 1993

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, 23, p. 115-126, nov., 2004.

CARVALHO, Ernani. Revisão Judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. Ver. Sociol. Política, 28, p. 161-179, jun., 2007.

EUA. Constituição dos Estados Unidos da América. Edição Bilingue: Português/Inglês. Editora Wohnrecht, 2015. E-book

FERREIRA, Eber de Meira. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. Tese (Mestrado em Direito.) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2014.

LAKATOS, Eva Maria. Metodologia científica. São Paulo: Atlas, 2007.

LIMA, Flávia Santiago. Antonin Scalia: conservadorismo e coerência na Suprema Corte dos EUA. Justificando, 2016. disponível em <http://www.justificando.com/2016/02/16/antonin-scalia-conservadorismo-e-coerencia-na-suprema-corte-dos-eua/> Acesso em 12/10/2019

FACCHINI NETO, Eugênio. O protagonismo do judiciário no mundo contemporâneo e algumas de suas razões. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica. Vol. 23 – nº 1 – Jan.

– Abr. 2018.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Juízo e prisão: ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; ROSÁRIO, Trovão Pedro do. Galileu – Revista de Direito e Economia. Vol. XX. Fascículo 01 – 30 de jan. – 11 de junho 2019.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (Org.). Direito Constitucional Americano. São Luís: EDUFMA, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo e interpretação constitucional. Interpretação constitucional no Brasil. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

A IMPLEMENTAÇÃO JUDICIAL DA EDUCAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO E COMO POLÍTICA PÚBLICA

THE EDUCATION JUDICIAL IMPLEMENTATION AS A SUBJECTIVE RIGHT AND AS A PUBLIC POLICY

José Antônio Remédio

Pós-doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). Professor de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo (Unasp). Promotor de Justiça de Ministério Público de Estado de São Paulo Aposentado. Advogado

Ramon Alonço

Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP; Advogado; Professor de Direito da Faculdade Santa Lúcia – Mogi Miri

RESUMO: A presente pesquisa tem por objeto analisar a implementação judicial da educação como direito subjetivo e como política pública. A educação insere-se entre os direitos humanos fundamentais, sendo dotada de caráter individual e coletivo. Como direito subjetivo, o direito à educação pode ser concretizado por meio de ação judicial individual. Enquanto política pública, a educação pode ser realizada por meio de ações judiciais coletivas, em especial através da ação civil pública. Em conclusão, tem-se que no caso de inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, está o Poder Judiciário legitimado, desde que provocado, a implementar o direito à educação, seja em nível individual, por meio de ações judiciais individuais, seja na implementação da política pública educacional, através de instrumentos de tutela coletiva, como a ação civil pública. No tocante à metodologia, utilizou-se a base lógica indutiva, por meio de pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Civil Pública; Direito Subjetivo à Educação; Direito Coletivo à Educação; Judicialização da Educação; Política Pública da Educação.

ABSTRACT: The research aims at analyzing the judicial implementation of education as a subjective right and as a public policy. Education is among the fundamental human rights, having both individual and collective character. As a subjective right, the right to education can be achieved through individual judicial action. As a public policy, education can be attained through collective judicial actions, especially through public civil action. In conclusion, in the absence of the Executive and Legislative branches, there is the Legitimate Judicial branch, that once instigated, can implement the right to education, either individual, through individual judicial actions, or in the public education policy, through instruments of collective tutelage, as the public civil action. Regarding the methodology, the inductive logic was used, through legal, doctrinal and jurisprudential research.

KEYWORDS: Public Civil Action; Educational Subjective Right; Educational Collective Right; Education Public Policy.

Submetido em março de 2020. Aprovado em dezembro de 2021.

INTRODUÇÃO

A educação, no Brasil, insere-se entre os denominados direitos fundamentais, é indissociável ao exercício da cidadania e deve ser buscada por meio de procedimentos que possibilitem o pleno e integral desenvolvimento do ser humano.

A garantia do direito à educação de qualidade “é um princípio fundamental para as políticas e gestão da educação, seus processos de organização e regulação, assim como para o exercício da cidadania” (EDUCAÇÃO, 2013, p. 13).

O engajamento crítico do indivíduo nas questões políticas e sociais possibilitado pela educação contribui para o desenvolvimento e para o controle das ações relacionadas ao indivíduo, à sociedade e ao Estado.

A educação permite a obtenção de condições instrumentais ao indivíduo, que irão contribuir para sua própria subsistência, por ampliar as possibilidades de seu ingresso, desenvolvimento e permanência no mercado de trabalho, e também contribuir para sua inclusão na sociedade e para a redução das desigualdades sociais.

Formalmente, o direito à educação encontra-se amplamente garantido e reconhecido em inúmeros instrumentos normativos internacionais, assim como em diversos diplomas legais nacionais, seja em nível constitucional, seja na órbita infraconstitucional.

Todavia, embora a educação seja necessária ao indivíduo, à sociedade e ao Estado, sua implementação no Brasil é bastante contraditória, uma vez que o discurso político não corresponde à realidade educacional brasileira.

Nesse sentido, de um lado, Dilma Rousseff (BRASIL, 2015a), ao tomar posse em janeiro de 2015, em face de sua reeleição ao cargo de Presidente da República Federativa do Brasil, adotou a expressão “Brasil, Pátria Educadora” como lema do novo governo. De outro lado, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (UOL, 2016), baseando-se em dados de 2012 do Programa Internacional de Avaliação de Alunos – PISA, divulgou pesquisa com cerca de 12,9 milhões de estudantes com 15 anos de idade e, em uma lista de 64 países, indicou o Brasil como o segundo país com pior nível de aprendizado.

O assunto é instigante, pois enquanto o governo brasileiro procura difundir na população a ideia de que o país é a pátria da educação, organismos internacionais apontam que a educação brasileira está entre as piores do planeta.

Assim, apesar de formalmente reconhecido pelo ordenamento jurídico o direito à educação, sua efetivação é ainda bastante deficitária, uma vez que o Poder Público não cumpre adequadamente sua obrigação de oferecê-la, inclusive com qualidade, a todos os indivíduos.

O objetivo principal da pesquisa é verificar se no Brasil o direito à educação é efetivamente implementado pelo Poder Público incumbido dessa função e, em caso negativo, se é possível a judicialização do direito à educação, seja como direito subjetivo, seja como política pública.

Para a realização do objetivo principal, dividiu-se o trabalho em quatro objetivos específicos, o primeiro concernente ao conceito, importância e fundamento legal da educação, o segundo referente à dissonância entre o discurso político e a realidade da educação, o terceiro respeitante à análise da natureza jurídica da educação, e último relativo à judicialização da educação como direito subjetivo e como política pública.

A metodologia para a elaboração do trabalho está baseada no método lógico dedutivo, tendo como base a pesquisa descritiva e utilizando como procedimentos instrumentais a análise

doutrinária, que dá ensejo a uma pesquisa de diagnóstico, e as análises legislativa e jurisprudencial, que permitem a pesquisa no campo empírico.

A hipótese apresentada é a de que, havendo descumprimento pelo Poder Executivo na implementação do direito à educação, seja como direito subjetivo, seja como política pública, cabe ao Poder Judiciário, desde que provocado, implementar referido direito.

1 CONCEITO, IMPORTÂNCIA E FUNDAMENTO LEGAL DE EDUCAÇÃO

A educação é indissociável da dignidade da pessoa humana, sendo que esta, conforme inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988, insere-se entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

No direito brasileiro a palavra educação “refere-se a todos os processos formativos, formais e informais, públicos e privados, voltados a propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho” (RANIERI, 2013, p. 75).

O conceito de educação é bastante amplo e não se limita à mera instrução, uma vez que também objetiva possibilitar a necessária formação ao desenvolvimento das aptidões, potencialidades e personalidade do educando. O processo educacional tem como metas qualificar o educando para o trabalho e prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação constitui uma das formas de concretização do ideal democrático (MELLO FILHO, 1986, p. 533).

A educação “é um processo de aprendizagem e aperfeiçoamento, por meio do qual as pessoas se preparam para a vida”, seja por meio da obtenção do desenvolvimento individual da pessoa, seja por possibilitar a associação da razão com os sentimentos, contribuindo para o aperfeiçoamento espiritual das pessoas (DALLARI, 2004, p. 66).

Em conformidade com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9.394/1996 (BRASIL, 1996), “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”.

A importância da implementação da educação é destacada nas mais variadas esferas públicas e privadas, sobressaindo-se como elemento indispensável para o desenvolvimento integral da pessoa.

Dilma Rousseff (BRASIL, 2015a), em discurso proferido em janeiro de 2015, quando de sua posse no cargo de Presidente da República Federativa do Brasil, realçou a importância da educação, ao afirmar que:

Só a educação liberta um povo e lhe abre as portas de um futuro próspero. Democratizar o conhecimento significa universalizar o acesso a um ensino de qualidade em todos os níveis – da creche à pós-graduação; significa também levar a todos os segmentos da população – dos mais marginalizados, aos negros, às mulheres e a todos os brasileiros a educação de qualidade.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.330-DF (BRASIL, 2013), tendo como objeto a Lei 11.096/2005, que criou o Programa Universidade Para Todos – PROUNI, decidiu, por maioria de votos, que “a educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar”, sendo, por isso mesmo, “dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade”.

De acordo com Lellis (2011, p. 225), “sem a implementação da educação escolar e do ensino normatizados constitucionalmente não se pode falar serem fundamentos do Estado a cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, CF/88)”, assim como “não se conseguirá construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais, a fim de promover o bem de todos livre de conceitos e discriminações inconstitucionais (art. 3º, CF/88)”.

A proteção normativa do direito educacional se dá tanto no âmbito nacional como internacional, uma vez que a busca de soluções para a implementação do direito à educação não é um problema apenas brasileiro, mas insere-se nas atuais discussões havidas na integralidade dos Estados do planeta.

A Constituição Federal de 1988, embora se refira à educação em diversos dispositivos normativos, trata do tema de forma especial em seus artigos 6º, 205, 206, 208, 209 e 214. Por exemplo, o direito educacional está inserido no art. 6º da Magna Carta, entre os denominados direitos sociais, que são disciplinados no Capítulo II (Dos direitos Sociais) do Título I (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Lei Maior.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 500.171-GO (BRASIL, 2008), decidiu por maioria de votos que as disposições normativas que integram a Seção I (Da Educação), do Capítulo III (Da Educação, da Cultura e do Desporto), do Título VIII (Da Ordem Social), todos da Carta Magna, devem ser interpretadas à luz “dos princípios explicitados no art. 205, que configuram o núcleo axiológico que norteia o sistema de ensino brasileiro”.

E, nos termos do art. 205 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

O ensino, conforme dispõe o art. 206 da Lei Maior, será ministrado com base nos seguintes princípios (BRASIL, 1988): igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; gestão democrática do ensino público, na forma da lei; garantia de padrão de qualidade; e piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

E, conforme dispõe o art. 208 da Constituição Federal, o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de (BRASIL, 1988): educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade; acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; e atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

O ensino, conforme prevê o art. 209 da Lei Maior, é livre à iniciativa privada, desde que haja cumprimento das normas gerais da educação nacional (inciso I) e autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (inciso II).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.266-BA (BRASIL, 2005), decidiu por maioria de votos que:

Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§ 2º do art. 24 da Constituição do Brasil).

A Constituição Federal de 1988 veda a execução de projetos de governo casuísticos, implementados através de contratos episódicos. Corroborando referida afirmação, dispõe o art. 214 da Lei Maior, que o Plano Nacional de Educação, estabelecido por lei, tem como objetivo articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas, visando à (BRASIL, 1988): erradicação do analfabetismo; universalização do atendimento escolar; melhoria da qualidade do ensino; formação para o trabalho; promoção humanística, científica e tecnológica do País; e estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

Dessa forma, tão somente o acesso da pessoa à escola não assegura o acesso à educação previsto na Magna Carta brasileira, uma vez que também é necessário que lhe seja assegurada a permanência na escola, que o ensino tenha qualidade, e que a educação seja relevante para o indivíduo e para a sociedade.

O direito à educação também é reconhecido na órbita do Direito Internacional. Assim verifica, por exemplo, nos seguintes instrumentos normativos internacionais (SINGH, 2013, p. 23): Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; Convenção contra Discriminação na Educação da UNESCO de 1960; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, artigo 13; Convenção dos Direitos da Criança, artigos 28 a 30; Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres de 1979, artigo 10; e Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, artigo 24.

2 O DISCURSO POLÍTICO E A REALIDADE BRASILEIRA SOBRE A EDUCAÇÃO

A educação brasileira, além de não atingir toda a população, ainda está impregnada pelo baixo desempenho, sendo inúmeros os problemas que interferem de forma direta ou indireta na sua prestação adequada.

Entre os problemas, a distribuição da competência para oferecimento da atividade educacional entre os diversos entes federativos acaba diluindo a responsabilidade por seu planejamento e efetiva prestação, inclusive no tocante à qualidade do ensino.

Nesse sentido, compete ao Município a oferta de educação infantil, sobretudo do ensino fundamental, sobre o qual sua responsabilidade é prioritária. Aos Estados compete a responsabilidade pela oferta prioritária do ensino médio e pela garantia do ensino fundamental, conjuntamente com os Municípios. O Distrito Federal possui conjuntamente as mesmas

competências dos Estados e dos Municípios. Cabe à União prestar assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios objetivando o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário ao ensino obrigatório. A educação superior pode ser oferecida pelo setor público de qualquer dos entes federados e pelo setor privado, neste caso por concessão do Estado, e envolve responsabilidades de todos os entes federados, em especial da União (EDUCAÇÃO, 2013, p. 16).

Da mesma forma, embora a educação seja indispensável ao indivíduo e à sociedade, a questão relativa à sua efetiva implementação é bastante controversa, não correspondendo o discurso político à realidade educacional brasileira.

De um lado, Dilma Rousseff (BRASIL, 2015a), em discurso de posse no cargo de Presidente da República Federativa do Brasil em janeiro de 2015, anunciou como lema do novo governo: "Brasil, Pátria Educadora".

De outro lado, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (UOL, 2016), baseando-se em dados de 2012 do Programa Internacional de Avaliação de Alunos – PISA, divulgou estudo realizado com cerca de 12,9 milhões de estudantes com 15 anos de idade e, em uma lista de 64 países de todo o mundo, aponta que o Brasil é o segundo país com pior nível de aprendizado. O estudo também constatou que aproximadamente 1,1 milhão de estudantes brasileiros não têm capacidades elementares para compreender o que leem, nem conhecimentos essenciais de matemática e ciências.

A garantia do direito à educação, em consonância com as diretrizes nacionais, exige a melhoria do acesso, permanência e aprendizagem com qualidade em todos os níveis, etapas e modalidades, universalização da educação básica, gestão democrática nos sistemas de educação e nas instituições educativas, reconhecimento e respeito à diversidade, e valorização dos profissionais da educação pública e privada (EDUCAÇÃO, 2013, p. 14).

A dimensão da função do ensino, como previsto na Constituição Federal, exige expressiva aplicação de investimentos por parte do Estado, embora o investimento público aplicado em matéria educacional no país esteja bastante aquém daquele utilizado na maioria dos países desenvolvidos.

O valor do investimento no Brasil, por aluno, é um dos menores quando comparado aos demais países que participaram da pesquisa realizada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Exemplificando, enquanto em 2012, no Brasil gastou-se cerca de U\$2.751 por aluno por ano no Ensino Médio, na Rússia gastou-se aproximadamente U\$4.100 por aluno, e em países desenvolvidos como Suíça e Estados Unidos o investimento anual por aluno correspondeu a cerca de U\$10.000 (UOL, 2016).

O baixo volume de recursos aplicado, as falhas existentes na aplicação desses recursos e as deficiências na gestão dão ensejo a inúmeras dificuldades para a efetivação do direito fundamental à educação, seja no tocante ao acesso a todos em relação ao referido direito, seja quanto à qualidade do ensino quando este chega a ser prestado.

Em síntese, embora a Constituição Federal assegure educação universal e de qualidade para todos, a realidade demonstra que a educação brasileira não abrange formalmente a integralidade da população e, mesmo quando o acesso formal chega até ela, a qualidade do ensino não atinge os níveis necessários para a adequada formação do indivíduo, sendo bastante precário o nível de aprendizado do estudante brasileiro, em especial quando considerados o ensino fundamental e médio.

3 NATUREZA JURÍDICA DA EDUCAÇÃO

A natureza jurídica do direito à educação é bastante complexa, uma vez que referido direito, dotado de cunho social e fundado na igualdade, é integrado por várias espécies de direitos fundamentais, inclusive individuais e coletivos.

O caráter fundamental do direito à educação, como visto, é extraído de diversos dispositivos constantes da Constituição Federal, em especial dos artigos 6º, 205, 206, 208, 209 e 214.

Direitos fundamentais, na lição de Bulos (2009, p. 428), "são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status social*".

Por terem surgido paulatinamente ao longo da história, os direitos fundamentais são desdobrados pela doutrina em gerações ou dimensões de direitos, termos esses tomados como sinônimos para os fins da presente pesquisa, observando-se que as diversas gerações ou dimensões não são excludentes umas das outras, mas sim, cumulativas.

As gerações ou dimensões de direitos, conforme entendimento doutrinário, possuem as seguintes características básicas (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2014, p. 157-160):

- a) direitos de primeira geração: correspondem aos direitos de liberdade, tendo como titular o indivíduo; são os direitos civis e políticos, oponíveis ao Estado;
- b) direitos de segunda geração: correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos, assim como aos direitos coletivos; estão fundamentados no princípio da igualdade e correspondem a obrigações positivas do Estado;
- c) direitos de terceira geração: objetivam a preservação do gênero humano, como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente saudável e à comunicação.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 658.491-GO (BRASIL, 2012), sufragou por unanimidade de votos o entendimento no sentido de que a educação é direito fundamental do cidadão, assegurada pela Constituição Federal, "e deve não apenas ser preservada, mas, também, fomentada pelo Poder Público e pela sociedade, configurando a omissão estatal no cumprimento desse mister um comportamento que deve ser repellido pelo Poder Judiciário".

A educação, de acordo com Bonavides (2013, p. 582), é um direito humano fundamental de segunda geração, categoria que se caracteriza pelo prestígio aos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, traduzindo a ideia de "Estado social como reflexo da ótica antiliberal do século XX, fundada no princípio da igualdade".

Enquanto direitos-meio, os direitos sociais, como o direito à educação, possibilitam a realização de outros direitos, "isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração" (BUCCI, 2006, p. 3).

Os direitos sociais, nos quais se inclui o direito à educação, como direitos de segunda geração ou dimensão, podem ser protegidos judicialmente de forma individual, na qualidade de direito público subjetivo, e coletivamente, por intermédio de instrumentos de tutela coletiva (REMEDIO; SANTOS, 2015, p. 104).

Exemplificando, a educação fundamental, consubstanciada pelo acesso ao ensino obrigatório e gratuito, por expressa previsão no § 1º do art. 208 da Constituição Federal, possui natureza jurídica de direito público subjetivo.

Nos termos do art. 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei n. 9.394/1996 (BRASIL, 1996), o acesso à educação básica obrigatória "é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical,

entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigí-lo”.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO E COMO POLÍTICA PÚBLICA

A concretização dos direitos sociais, embora possa ser realizada pela sociedade civil, passa necessariamente pela atuação do Estado, em especial por meio da implementação de políticas públicas.

A política pública é definida por Bucci (2006, p. 14)

como um programa ou quadro 'de ação' governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.

As políticas públicas, consoante lição sintética de Frischeisen (2000, p. 76), representam basicamente “a eficácia social do direito do cidadão a obter prestações positivas do Estado”.

Segundo Kim e Perez (2013, p. 721), os atos emanados da Administração Pública no cumprimento das políticas públicas, entre os quais os concernentes à educação, devem ser tidos como vinculados, e não como discricionários, tendo em vista que “o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, próprias às finalidades da mesma: o bem-estar e a justiça social”.

Em suma, a concretização do direito à educação tem o condão de prestigiar não apenas o ser humano, mas também toda a coletividade. Neste sentido, o Estado atua na busca da melhoria da vida dos cidadãos por meio de políticas públicas com ações legislativas e execução de ações governamentais, através de programas de governo. Estas atuações estatais visam implementar direitos sociais e promover a igualdade real e não apenas formal, notadamente no tocante à educação.

No entanto, a ausência estatal na implementação da política pública de educação não pode constituir elemento limitativo ou inibidor ao efetivo acesso educacional, inclusive com qualidade.

A educação insere-se na categoria de direito fundamental subjetivo, “que tem por finalidade assegurar interesses e necessidades identificadas como vitais e, por isso, fundamentais” (RANIERI, 2013, p. 76).

Os direitos fundamentais, entre os quais o direito à educação, possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata. A respeito, estatui o § 1º do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

O direito público subjetivo, conforme Duarte (2006, p. 267-268), “confere ao indivíduo a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num determinado ordenamento jurídico em algo que possua como próprio”, sendo que a maneira de fazê-lo “é poder acionar as normas jurídicas (direito objetivo), transformando-as em ‘seu’ direito (direito subjetivo)”, configurando-se o direito público subjetivo “como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal, pois permite ao seu titular constranger judicialmente o Estado a executar o que deve”.

De acordo com Queiroz (2006, p. 143), “os direitos fundamentais sociais são ‘direitos subjetivos’ sempre que possam ser feitos valer a justiça, isto é, desde que possam ser acionados judicialmente a requerimento do respectivo titular”.

O direito à educação, ao contrário dos demais direitos sociais, é compulsório, ao menos nos níveis básicos, conforme art. 208, inciso I, da Constituição Federal, “não sendo dada aos indivíduos, nesta fase, a opção de exercê-lo ou não”, sendo, por isso, gratuito e universalizado (RANIERI, 2013, p. 56).

O inciso I do art. 208 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 59/2009, “estendeu a obrigatoriedade do ensino e sua gratuidade a *toda a educação básica* que abrange o ensino infantil, fundamental e o ensino médio”, concretizando-se, assim, “a promessa de estender-se a gratuidade progressivamente até o ensino médio, que, como se sabe, hoje é uma etapa da educação básica” (SILVA, 2015, p. 858).

Importante destacar, como antes afirmado, que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, conforme expressamente estatui o § 1º do art. 208 da Constituição Federal, constitui direito público subjetivo.

A educação contribui para a promoção das necessidades vitais do ser humano e, enquanto categoria de direito fundamental subjetivo, seu não oferecimento ou sua oferta irregular por parte do Estado, ao menos em relação ao ensino básico (infantil, fundamental e médio), gera a possibilidade de tutela jurisdicional individual pelo cidadão.

Por tais razões, o direito à educação permite o reconhecimento de responsabilidade do Estado na oferta do serviço. Se não bastasse, a não oferta adequada do serviço gera responsabilidade da autoridade, conforme disposição expressa no § 2º do artigo 208 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ou seja, “o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”.

De acordo com Tavares (2009, p. 843), o direito à educação pode ser exigido individualmente, independentemente da implementação de políticas públicas, de opções gerais, de programas globais de educação, não podendo o Estado “eximir-se da obrigação de prestar, individualmente, quando solicitado, inclusive judicialmente, o devido acesso à educação fundamental, que é obrigatória (art. 208, I, da Constituição)”.

Além de ser amplamente acessível, a educação deve ser prestada com qualidade e, para alcançar tal objetivo, não basta a garantia de escola para todos, pois também há necessidade de a escola assegurar de maneira efetiva a igualdade de oportunidades.

A garantia do direito à educação de qualidade “é um princípio fundamental para as políticas e gestão da educação, seus processos de organização e regulação, assim como para o exercício da cidadania” (EDUCAÇÃO, 2013, p. 13).

A qualidade do ensino, na lição de Kim e Perez (2013, p. 712), é

um princípio balizador do direito à Educação (art. 206, VII, da CF/88), bem como uma garantia por meio da qual o Estado oferecerá Educação escolar pública (art. 208, IX, da CF), assegurada por conteúdos mínimos a serem trabalhados na escola (art. 210, “caput”, da CF), e definidos pelos Parâmetros Curriculares Nacionais criados pelo Ministério da Educação, reforçados pelos Planos Nacionais de Educação.

Dessa forma, além de englobar o acesso ao conhecimento formal, também se inserem no tema da qualidade da educação seus aspectos social, cultural e ambiental, tornando possível a melhor formação das pessoas tanto no âmbito material como imaterial.

A inclusão social constitui um dos desafios para a qualidade da Educação, tendo em vista que não mais existem escolas com perfil homogêneo de alunos. A inclusão “é uma

decorrência da democratização do ensino no País e revela a possibilidade de qualquer criança ou adolescente ter acesso ao ensino obrigatório, independentemente de suas características pessoais ou sociais”, ou seja, “envolve questões como a inclusão do aluno com deficiência, do homossexual, do negro, do adotado, do que praticou atos infracionais, etc”. Como direito de todos, a educação materializa-se numa escola acolhedora e inclusiva (FERREIRA, 2013, p. 404).

Entretanto, o Texto Constitucional em nenhum momento indica o teor da qualidade da educação, ficando sua valoração a cargo da política pública escolhida pelos governos dos Estados-membros e dos municípios que integram a Federação brasileira, além da atuação da esfera federal a respeito da matéria (KIM; PEREZ, 2013, p. 713).

A inércia do Poder Executivo ou Legislativo em relação ao oferecimento de educação, inclusive com qualidade, à população, acaba dando ensejo à busca de soluções para sua colmatação e implementação.

Nesse contexto, o Poder Judiciário passa a ser imprescindível na implementação do direito educacional, em especial nos casos de omissão ou falhas por parte dos Poderes Legislativo e Executivo.

Especificamente no que se refere a eventual omissão legislativa em matéria educacional, imprescindível se torna o papel do juiz, que deve assumir, com base nos valores constitucionais, uma postura de agente transformador da modificação social e da promoção da justiça (MARQUES, 2009, p. 130).

No sistema jurídico brasileiro, o direito à educação “consiste em um conjunto de determinações objetivas e consequentes, passíveis de serem aplicadas a contingências, situações e circunstâncias que se sucedem no desenvolvimento social, pela interação jurisprudencial e doutrinária”. E, na efetividade do direito à educação, a via judicial “vem revelando novos campos de afirmação do Estado Democrático de Direito, em benefício dos direitos da cidadania e da participação popular” (RANIERI, 2013, p. 103).

A implementação do direito à educação a cargo do Judiciário, nos casos de omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, passa necessariamente pela aplicação dos princípios que integram o sistema normativo.

Os princípios são de suma importância nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, pois são as normas-chave de todo o sistema jurídico, legitimando os tribunais a fundamentarem as decisões em preceitos de ordem constitucional (BONAVIDES, 2013, p. 299).

Todavia, além do direito à educação ser direito humano, fundamental, subjetivo e social, referido direito também pode ser classificado como direito coletivo, como direito de segunda geração ou dimensão.

A educação é direito humano, fundamental, social e coletivo, com ligação direta com os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, “pois representa um instrumento de cidadania e dignidade da pessoa, garantindo o desenvolvimento nacional e contribuindo para erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades” (FERREIRA, 2013, p. 385).

No âmbito de proteção dos direitos coletivos, entre os quais o direito coletivo à educação, importante destaque merecem o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações civis para o controle das ações do poder público, normalmente por meio da ação civil pública, sem prejuízo da possibilidade de controle por parte dos cidadãos, através da ação popular (KIM; PEREZ, 2013, p. 720).

Entretanto, embora o direito à educação possa também ser considerado como um direito coletivo, o caráter da coletividade do direito não pode afastar sua natureza subjetiva, isto porque é insita à fundamentalidade do direito seu caráter individual, ou seja, o indivíduo é protegido por um

direito fundamental de caráter subjetivo, e não por normas meramente objetivas (ALEXY, 2009, p. 498).

Em síntese, o direito à educação exprime ao mesmo tempo “uma posição jurídica subjetiva, individual, difusa e coletiva, fundamental e universal, e um dever jurídico subjetivo, igualmente individual, difuso, coletivo, fundamental e universal” e, “como é característico dos direitos fundamentais, se desdobra em diversos direitos e faculdades, de conteúdo específico e autônomo (RANIERI, 2013, p. 56).

Entre as defesas apresentadas pelo Estado para justificar sua inércia ou a insuficiência de sua atuação na implementação do direito à educação, destaca-se a denominada “reserva do possível”.

O Estado, como fundamento para não concretizar o direito social concernente à educação, utiliza-se às vezes do argumento da “reserva do possível”, segundo o qual somente estaria obrigado a cumprir os direitos fundamentais de natureza prestacional se houvesse disponibilidade de recursos financeiros e humanos para tanto.

Com base no argumento da reserva do possível, “a concretização dos direitos fundamentais sociais ficaria condicionada ao montante de recursos previstos nos orçamentos das respectivas entidades públicas para tal finalidade” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 171).

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.041.197-MS (BRASIL, 2009), em que apreciava questão afeta ao controle judicial de políticas públicas, sufragou o entendimento no sentido de não ser oponível a reserva do possível em face do mínimo existencial, no qual se insere a educação. Assim, decidiu a Corte que, “assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público”.

Da mesma forma, decidiu o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 860.979-DF (BRASIL, 2015b), que o inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional, como a relativa à educação de deficiente, dá ensejo à intervenção excepcional do Judiciário, uma vez que a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas, não implica em ofensa ao princípio da separação de poderes, assim como é incabível falar-se em interferência indevida do Judiciário em matéria orçamentário-financeira quando a obrigação decorre de mandamento constitucional, mostrando-se igualmente inviável a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, tendo em vista o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados.

De se realçar que, com base na máxima efetividade dos direitos fundamentais, o Estado não pode se valer da alegação de falta de recursos como condição intransponível para garantir os direitos sociais de cunho prestacional, como ocorre em relação ao direito à educação.

Dessa forma, o Poder Judiciário é fundamental na implementação do direito à educação nos casos de omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, seja para assegurar o direito subjetivo a ela concernente, seja para possibilitar a concretização do direito educacional enquanto direito coletivo, inclusive por meio da efetivação de políticas públicas educacionais.

CONCLUSÃO

A educação insere-se entre os objetivos da República Federativa do Brasil como condição ao exercício da cidadania, possui natureza jurídica de direito humano, inclusive como direito de segunda dimensão, é direito público subjetivo e está disciplinada tanto em documentos nacionais como internacionais.

Além de direito humano, a educação é direito fundamental, incluindo-se entre as denominadas cláusulas pétreas previstas no art. 60 da Lei Maior, ou seja, não é admissível sua supressão pelo poder constituinte derivado ou reformador.

A educação também possui natureza de direito social, pois busca promover a igualdade entre os cidadãos, bem como natureza de direito individual. A educação, além de ser direito individual, ainda se identifica como direito coletivo, o que permite ao Ministério Público e à Defensoria Pública, além de outros legitimados ativos, a manejarem ações coletivas para sua implementação.

A atuação do Poder Executivo na busca da implementação do direito à educação se dá normalmente por meio de políticas públicas, que consistem em planos, diretrizes, planejamentos e programas de ação continuada que visam atender às necessidades básicas da população constituindo, portanto, mecanismo para tornar efetivos os direitos sociais.

O Poder Público, por variadas razões, em especial por falta de investimentos e falhas na gestão, acaba não implementando adequadamente as políticas públicas de sua responsabilidade, inclusive no tocante ao direito educacional.

Embora a educação seja imprescindível ao indivíduo e à sociedade, a questão referente à sua efetiva implementação ainda é bastante controversa, não correspondendo o discurso político à realidade educacional brasileira.

Nesse sentido, enquanto de um lado Dilma Roussef, em discurso de posse no cargo de Presidente da República Federativa do Brasil em janeiro de 2015, anunciava como lema do novo governo, "Brasil, Pátria Educadora" (BRASIL, 2015), de outro lado, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, baseando-se em dados de 2012, divulgava estudo em que incluía o Brasil como o segundo país com pior nível de aprendizado.

A educação brasileira, além de não atingir a integralidade da população, ainda está impregnada por baixa qualidade do ensino, sendo inúmeros os problemas que interferem de forma direta ou indireta na prestação de adequada Educação à população.

Um dos caminhos para efetivação do direito à educação, nas hipóteses em que os Poderes Executivos e Legislativo se omitem ou falham em sua realização, é realizado pelo Poder Judiciário, por meio da judicialização do direito educacional.

Independente do aspecto político na influência das políticas públicas adotadas pelo Estado brasileiro, em especial na educação, observa-se na atualidade que o Poder Judiciário não se encontra limitado apenas aos aspectos extrínsecos da atuação administrativa.

Neste cenário, importante destaque merecem o Ministério Público e a Defensoria Pública para o controle das ações do poder público. Frise-se também a possibilidade de controle por parte dos cidadãos e das associações civis que possuem instrumentos previstos em lei para sua realização, como é o caso, respectivamente, da ação popular e da ação civil pública.

Tem-se como salutar a atividade do Poder Judiciário no sentido de garantir direitos fundamentais, notadamente naquilo que concerne à educação, haja vista, por exemplo, que no aspecto do ensino básico o serviço é obrigatório e gratuito, configurando-se a educação

como um direito público subjetivo, o que lhe dá a possibilidade de tutela jurisdicional individual, inclusive no caso de não-oferta ou oferta inadequada, com possibilidade de responsabilização do Estado.

Em conclusão, tem-se que, no caso de inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, está o Poder Judiciário legitimado, desde que provocado, a implementar jurisdicionalmente o direito à educação, seja em nível individual, seja na órbita coletiva, inclusive com a implementação de políticas públicas educacionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 maio 2018.

BRASIL. Discurso da Presidenta da República, Dilma Rousseff, durante compromisso constitucional perante o Congresso Nacional – 2015a. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/discursos/discursos-da-presidenta/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-durante-compromisso-constitucional-perante-o-congresso-nacional-1>>. Acesso em 8 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 12 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em 17 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.041.197-MS. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília: *DJe*, 16 set. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=906897&num_registro=200800598307&data=20090916&formato=PDF>. Acesso em 10 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.266-BA. Relator Ministro Eros Grau. Brasília: *DJ*, 23 set. 2005, p. 6.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.330-DF. Relator Ministro Ayres Brito. Brasília: *DJe* 055, 22 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>>. Acesso em 22 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 658.491-GO. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília: *DJe* 088, 7 maio 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1966289>>. Acesso em 22 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com

Agravo n. 860.979-DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília: *DJe* 083, 6 maio 2015b. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8362463>>. Acesso em 22 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 500.171-GO. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, *DJe* 202, 24 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557455>>. Acesso em 22 fev. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In* BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. *In* BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 267-278.

EDUCAÇÃO brasileira: indicadores e desafios: documentos de consulta. Fórum Nacional de Educação (Org.). Brasília: Ministério da Educação, Secretaria Executiva, 2013.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Gestão administrativo-pedagógica da escola: considerações legais. *In* ABMP. Todos Pela Educação (Org.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 385-456.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

KIM, Richard Pae; PEREZ, José Roberto Rus. Responsabilidades públicas, controles e exigibilidade do direito a uma educação de qualidade. *In* ABMP. Todos Pela Educação (Org.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 711-791.

LELLIS, Lélío Maximino. *Princípios constitucionais do ensino*. São Paulo: Lexia, 2011.

MARQUES, Francine de Fátima. *A justiça na constituição: conceito e sua concretização pela prática judicial*. São Paulo: Método, 2009.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MUNIZ, Maria Regina Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. *In* ABMP. Todos Pela Educação (Org.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55-103.

REMEDIO, José Antonio; SANTOS, Rafael Fernando. Tutela de urgência e evidência nas ações coletivas voltadas à proteção dos direitos sociais. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 15, n. 99, p. 99-120, jul./dez. 2015.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SINGH, Kishore. Apresentação. *In* ABMP. Todos Pela Educação (Org.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23-30.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

UOL Educação. Brasil é o segundo país com pior nível de aprendizado, aponta estudo da OCDE – 2016. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/agencia-estado/2016/02/10/brasil-e-segundo-pais-com-pior-nivel-de-aprendizado-aponta-estudo-da-ocde.htm>>. Acesso em 8 abr. 2018

