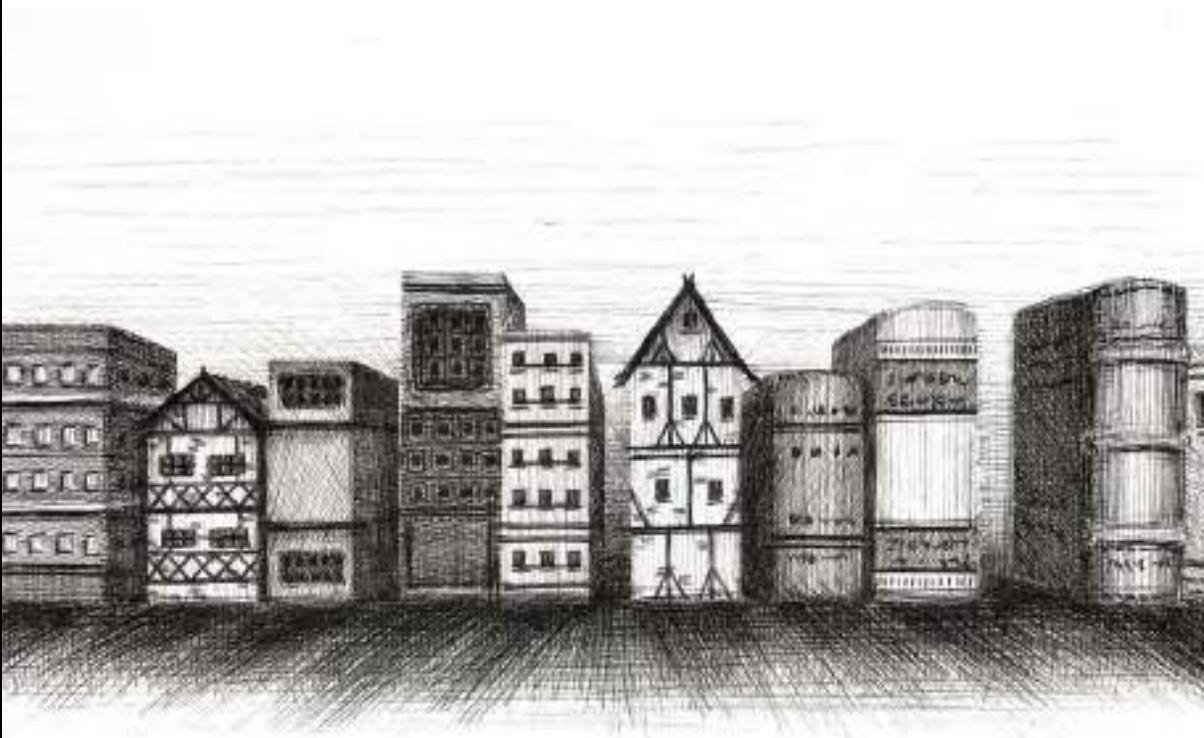


Direito Comparado

Alemanha-Brasil

Volume II

temas de direito privado
em estudos originais e traduzidos



Lisiane Feiten Wingert Ody

Organizadora

ISBN: 978-65-00-56155-5

Direito Comparado

Alemanha-Brasil

Volume II

temas de direito privado
em estudos originais e traduzidos

Lisiane Feiten Wingert Ody
Organizadora

Porto Alegre, 2022

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Reitor: Carlos André Bulhões Mendes

Vice-Reitora: Patrícia Helena Lucas Pranke

Faculdade de Direito

Diretora: Claudia Lima Marques

Vice-Diretora: Ana Paula Motta Costa

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Reitor: Prof. Dr. Dr. h.c. Bernhard Eitel

Vice-Reitores: Prof. Dr. Jörg Pross, Prof. Dr. Karin Schumacher,

Prof. Dr. Anja-Désirée Senz, Prof. Dr. Matthias Weidemüller e Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Juristische Fakultät

Diretor: Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A.

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Reitor: Ir. Evilázio Teixeira

Vice-Reitor: Ir. Manuir José Mentges

Escola de Direito

Decano: Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

Decana Associada: Regina Linden Ruaro

Núcleo de Produção Editorial – NUPE/Gráfica da UFRGS

Capa e Projeto Gráfico: Michele Bandeira

Diagramação: Patrícia Pinto

Revisão de padrão: Isabel Cony, Laura Schneider e Thalita Silva

Ilustração da capa: Maria Eduarda Gomes Lins Pastl

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598

Direito comparado Alemanha-Brasil Volume II: temas de direito privado em estudos originais e traduzidos / Lisiane Feiten Wingert Ody (organizadora). – Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2022.

Vários autores

Referências

ISBN 978-65-00-56155-5

1. Direito civil. 2. Direito comparado. 3. Direito privado. 4. Brasil. 5. Alemanha. I. Ody, Lisiane Feiten Wingert (org.). II. Título.

CDU – 340.5

Bibliotecário Responsável
Michel Maya Aranalde CRB 10/1873

Sumário

Direito e linguagem	9
Lisiane Feiten Wingert Ody	

Prefácio	21
Lisiane Feiten Wingert Ody	

Parte I – de Heidelberg e Hamburgo a Porto Alegre: trabalhos de professores alemães traduzidos por acadêmicos da UFRGS

<i>A Legítima</i> em direito comparado e política jurídica	29
Jan-Peter Schmidt	
<i>Tradução de Lisiane Feiten Wingert Ody</i>	

Lições a partir da nova codificação do direito privado brasileiro	59
Jan-Peter Schmidt	
<i>Tradução de Lisiane Feiten Wingert Ody</i>	

A recepção do pensamento jurídico alemão no Brasil pela doutrina da boa-fé	83
Jan-Peter Schmidt	
<i>Tradução de Bárbara Nery Tavares da Cunha Mello, Micael Leão Michaelsen e Roxanne Albanus</i>	

A nacionalidade da obra de arte
como questão jurídica (1992) 103

Erik Jayme

Tradução de Carla Adams Bins Perin e Gabriela de Vargas Pochmann

Globalização no direito da arte: conflito
de interesses e tendências internacionais 133

Erik Jayme

*Tradução de Jéssica Pinheiro Oyarzábal, Taís Bigarella Lemos
e Victoria Franco Pasqualotto*

Questões fundamentais de escolha da lei
do novo regulamento de direito das sucessões
da União Europeia – uma análise do artigo 22 153

Carl-Friedrich Nordmeier

Tradução de Mariana Teixeira Fortes e Isabela Kasper Kopittke Brasil

Direito de locação comercial: redução
de aluguel na crise do Coronavírus 173

Marc-Philippe Weller e Chris Thomale

Tradução de Maria Eduarda Gomes Lins Pastl e Roxanne Albanus

Direito comparado inteligente e inteligência artificial 191

Christoph Kern

Tradução de Guilherme Hannusch e Micael Leão Michaelsen

Parte II – Estudos de Direito Privado produzidos por acadêmicos da UFRGS

O decurso do tempo no direito privado: prescrição e decadência	195
Gabriela Barcellos Scalco Victória Franco Pasqualotto	
Pessoa, nascituro e embrião: intervenções genéticas	223
Alice Pagnoncelli Pituco Vitória do Prado Bernardinis	
Direitos da personalidade em conflito: as particularidades das biografias e do direito autoral	257
Mariana Teixeira Fortes Taís Bigarella Lemos	
Os desafios na proteção autoral dos bens digitais na internet: os <i>non-fungible tokens</i> (NFTS) são a solução?	285
Jéssica Pinheiro Oyarzábal	
A tutela dos direitos de personalidade: a proteção do direito à imagem entre direito material e direito processual	309
Luciana Robles de Almeida Marcio Furtado Rodrigo Ustárroz Cantali	

Causas de imputação da responsabilidade civil na contemporaneidade: dos “filtros tradicionais” ao novo contexto relacional 355

Carolina da Rosa Roncatto

Luísa Dresch da Silveira Jacques

Intervenção no contrato e livre concorrência 393

Bruno Montanari Rostro

Caroline Schlatter

A construção jurisprudencial de um direito fundamental de proteção de dados: análise do *Volkszählungsurteil* e seus reflexos na ADI 6.387 431

Lisiane Feiten Wingert Ody

Anita Spies da Cunha

Parte III – *Excursus*: estudos de direito alemão e norte-americano

Rechtsfragen des Fördermechanismus der Investitionsmaßnahme gem. § 23 ARegV unter besonderer Berücksichtigung des t-0-Verzugs 457

Thorben Riemann

Consideration and promissory estoppel: how to enforce promises under American Law 497

Amanda Lemos Dill

Marriage in the United States: the rights
of same-sex couples and the questions
remaining after Obergefell v. Hodges

523

Deborah Soares Dallemole

American criminal procedure: a brief
overview focused on defendants' rights

543

Stefan Espírito Santo Hartmann

Direito e linguagem

Direito comparado e línguas estrangeiras: o papel da tradução*

Lisiane Feiten Wingert Ody**

I. Introdução

Ensinar direito estrangeiro e utilizar traduções para apresentá-lo a acadêmicos em formação, oferece-me a oportunidade de refletir sobre a relação entre direito e linguagem, que é tema que suscita diversas questões e permite diferentes abordagens, como a necessidade do domínio da linguagem pelo jurista, que tem nela sua ferramenta mais importante, e da racionalidade da argumentação. A abordagem mais trivial é, provavelmente, a da existência de terminologia técnica e o problema da necessidade de compreensão do Direito pelos destinatários dele.¹ A relação em que me detenho neste texto é,

* O texto é versão escrita de palestra realizada no evento "Direito e Linguagem", realizado na Faculdade de Direito da UFRGS em setembro de 2021. A forma oral foi mantida.

** Dr^a Ms. Lisiane Feiten Wingert Ody é professora associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, Brasil.

¹ É claro que termos técnicos são autojustificáveis: o direito é matéria científica e que exige formação universitária. Porém, o uso de jargões e de redações rebuscadas – que confundem "escrever difícil" com "escrever bem" –, simplesmente afasta o destinatário do direito das normas que lhe são aplicáveis, o que se evidencia ainda mais descabido na atualidade, já que vemos diuturnamente em todo o mundo questões jurídicas importantes serem decididas ao vivo, em julgamentos públicos do Poder Judiciário. Por isso, adoto como premissa a ideia de que o Direito deve ser compreendido por todos – já que a todos se aplica a sua disciplina –, reprovando o uso de termos não usuais e floreios excessivos, que alienam o cidadão de seu sistema jurídico.

todavia, a da pluralidade de idiomas dos diferentes ordenamentos jurídicos² e da exigência de mútua compreensão por juristas que neles operam e, nesse contexto, examinar o papel da tradução.

II. “A língua aprisiona” (Umberto Eco)

A simples observação revela que o direito tem a linguagem como instrumento – o que se evidencia em qualquer ordenamento jurídico, ainda que de tradição oral. No mundo contemporâneo, porém, o direito é, em regra, estabelecido na forma escrita e no idioma prevalente³ no território onde é vigente.

Países com o mesmo idioma não têm, porém, necessariamente, o mesmo sistema jurídico. E tampouco países inseridos na mesma tradição jurídica têm, necessariamente, a mesma língua, não havendo relação direta entre um determinado idioma e seu respectivo direito.⁴ Não obstante, países de idiomas diferentes tendem a apresentar ordenamentos jurídicos próprios, pois um sistema jurídico, assim como uma língua, é reflexo do espírito do povo (dt. *Volksgeist*).

O direito comparado busca identificar as semelhanças e as diferenças entre o direito de diversos países, a fim de não apenas oportunizar a mútua compreensão entre os juristas, mas também de proporcionar reflexões críticas

² Desde o final do século XVIII e início século XIX, período conhecido como de processo codificatório dos Estados europeus, países da Europa continental foram pouco a pouco estabelecendo leis gerais e abstratas com o fim de regular a vida de seus cidadãos, pois, de um lado, o poder central via nesse movimento a oportunidade de estender sua dominação, enquanto de outro, a nova classe burguesa ansiava por Códigos que lhes garantissem direitos de liberdade e de igualdade perante o Estado. A propósito da linguagem, pode-se identificar que os diferentes substratos sociais e culturais dessas nações resultaram em codificações particulares, mais ou menos acessíveis de forma direta a seus destinatários: o Código Civil alemão, por exemplo, de elevado rigor técnico, é voltado a juristas e, mesmo hoje, é considerado complicado para o povo, enquanto o suíço, por outro lado, de linguagem simples e acessível, admite soluções plurais, sendo conhecido pelos cidadãos do país. Essas opções legislativas refletem a questão do Direito dever ser acessível a leigos ou ser mantido como prerrogativa dos juristas. No Brasil, o problema parece ser, porém, ainda mais agudo, porque não é só a terminologia jurídica que é pouco acessível, mas o próprio idioma em padrão formal, pouco compreendido pela população de menor escolaridade. Sobre o tema: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>.

³ Prevalente porque nem todos os países contam com um idioma oficial, como o Brasil (artigo 13 da Constituição). Nos Estados Unidos, por exemplo, o inglês é a língua nacional de fato, embora não oficialmente, estando padronizada na absoluta maioria de documentos oficiais. Vários estados, porém, como Havai, Novo México, Louisiana e Califórnia, preveem ou obrigam a publicação em outros idiomas. Existem países, ainda, que têm o direito posto em mais de um idioma – como a Suíça, que conta com alemão, francês, italiano e romanche como línguas oficiais.

⁴ O direito português é classificado como romanista, por exemplo, enquanto o Brasil é romano-germânico; Louisiana, nos Estados Unidos, e o Québec, no Canadá, configuram-se como de direito continental, embora nos dois países prevaleça o idioma inglês.

e relação ao próprio sistema. Além disso, o direito comparado serve de subsídio ao legislador e ao intérprete, especialmente na reconstrução do direito nacional e na preparação e aplicação de direito uniforme.

O tráfego jurídico no mundo globalizado alçou a comparação jurídica à disciplina fundamental, não apenas pelo fato de proporcionar entendimento entre as partes e respeito ao diferente, mas especialmente porque se tornou instrumento que operacionaliza as interações entre indivíduos sujeitos a diferentes ordenamentos. Nesse contexto surge a pergunta norteadora deste texto, que é determinar se é possível entender verdadeiramente um texto jurídico em outro idioma que não o original. Decorrem dessa indagação duas inevitáveis questões: (i) definir o papel da tradução; e (ii) determinar as consequências da ascendência do inglês como a língua mais comumente dominada por nativos de outros idiomas no mundo.

Inúmeros exemplos encontrados em direito comparado conduzem à conclusão de que, em regra, não entender o idioma original reduz sensivelmente a compreensão do texto – o que recomenda ao comparatista o estudo de outras línguas. Vários institutos – mesmo os designados pelos termos mais comuns, como contrato – não tem equivalentes *perfeitos* em diferentes idiomas.

Em português, no Brasil, o termo *contrato* designa instituto jurídico configurado a partir do *acordo de vontade das partes* a propósito de um objeto lícito e possível, sem adstrição, em regra, à forma específica (artigo 104 CC). *Contract* (en.), por outro lado, no *Common Law*, não depende apenas desses requisitos, exigindo ainda *consideration*, requisito que poderia ser singelamente compreendido como contraprestação onerosa, enquanto *contrat* (fr.) e *contratto* (it.) não prescindem de *cause* (fr.) ou *causa* (it),⁵ porque sem ela restaria comprometida a validade do pacto. Já o termo *Vertrag* (dt.) também prevê, em regra, uma determinada causa – ocorre que no direito alemão existem ainda contratos abstratos, como os de transferência de propriedade, o que compromete, a equivalência dos conceitos.

Nem mesmo a trivial palavra *família* (pt.) encontra correspondente perfeito em muitos sistemas, pois o Brasil adota compreensão amplíssima do termo, que inclui desde filiação afetiva e até formas de poliamor – situações sem tratamento jurídico no âmbito do direito de família em outros sistemas jurídicos contemporâneos. Exemplo clássico dessa dificuldade de tradução está na brasileiríssima união estável. A simples união fática é designada na França como *concubinage*. Nessa hipótese, em princípio, não há qualquer

⁵ Causa objetiva – objetivo imediato e direto que leva a parte a se comprometer (formação do consentimento); causa subjetiva (aspecto que protege a ordem social e ordem pública econômica). A reforma de 2016 removeu a referência do CC, mas a teoria subsiste.

obrigação entre os envolvidos – nem fidelidade, nem ajuda ou assistência (515-8 do Code⁶). O que corresponderia, *mutatis mutandis*, à união estável no Brasil, porque inserido no conceito de família, é o *pacte civil de solidarité* (fr., abrev. *Pacs*), que exige convenção assinada pelas partes, sejam do mesmo sexo ou sexo diferentes – logo, se distingue na questão fundamental de ser formal, como, aliás, ocorre em outros sistemas. No ordenamento alemão, por exemplo, há o casamento (dt. *Ehe*) – não havendo mais possibilidade de simples união formal (dt. *eingetragene Partnerschaft*) como o *Pacs*, que era antes uma opção para os homossexuais que não poderiam casar (2001-2017). Uma vez que a lei alemã passou a admitir o “casamento para todos”,⁷ é proibido estabelecer novas parcerias registradas. Se o casal não se casa e vive simplesmente relação afetiva informal (dt. *Lebensgefährten*), não há, em regra, qualquer efeito jurídico da coabitação na Alemanha. *Civil unions*, como se poderia designar na *Common Law* relações não-maritais, não são necessariamente reconhecidas nos EUA, por exemplo, embora alguns estados da federação disciplinem o “*common law marriage*”.

Logo, as meras traduções dos termos não proporcionam a compreensão do significado de cada instituto – e menos ainda da complexidade das causas de suas distinções nos respectivos sistemas, que são indissociáveis da mentalidade e cultura de cada povo.

E a reflexão de que são raros os equivalentes perfeitos vai, mesmo sem esforço, muito além: termos básicos ao jurista, como *procès* (fr.) e *trial* (en.), *juge* (fr.) e *judge* (en.) e *cour* (fr.) e *tribunal* (en.) – para ficar apenas nos idiomas francês e inglês, mais acessíveis ao jurista brasileiro –, são empregados comumente como sinônimos, mas não representam as mesmas coisas! Atalhos e omissões são usados para simplificar, mas podem conduzir a equívocos. *Procès* (fr.) pode designar o *caso*, o *procedimento*, a *ação* e também o *momento do julgamento*, enquanto *trial* (en.) é expressão que designa, em geral, apenas esse último. Um *juge* francês não tem a mesma formação e atribuições que o *judge* inglês, já que mesmo um indivíduo sem formação jurídica universitária pode frequentar curso específico na França para se tornar juiz, enquanto até mesmo um leigo também pode receber atribuições de decidir controvérsias na Inglaterra. Aliás, a concepção francesa da separação de poderes conduziu à dualidade jurisdicional particular que se verifica nesse país, em que há a ordem administrativa e a judicial. A primeira se destina a julgar e controlar os atos da Administração (fr. *tribunal*), enquanto a segunda se ocupa exclu-

⁶ *Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.*

⁷ <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw26-de-ehe-fuer-alle-513682>.

sivamente de relações entre indivíduos (fr. *cour*⁸). E a propósito, atenção ao termo *magistrat* (fr.), para aqueles que não abrem mão de usar sinônimos como recursos “embelezadores” do texto, porque esse termo pode se referir inclusive ao Ministério Público⁹ (fr. *magistrat du parquet*, em oposição ao *magistrat du siège*) na França. Já em *court* e *tribunal* (en.) o abismo semântico se revela ainda maior, já que o segundo termo em inglês é geralmente empregado para repartições públicas sem jurisdição, servindo apenas o primeiro para designar órgão do Poder Judiciário.¹⁰

Por tudo isso, é comum o jurista qualificado evitar traduções imperfeitas e preferir deixar o original em destaque, geralmente em itálico, o que indica *per se* a ausência de equivalente. Mas esse recurso, embora funcione para identificar a existência de diferença, não explica no que ela consiste. Por isso, muitas vezes, faz-se uso de notas explicativas em rodapé.

Os idiomas estrangeiros não têm apenas a própria gramática, mas também cultura e mentalidade, o que não se pode transpor. Lembro que, ao realizar tradução de palestra ministrada pelo Professor *Erik Jayme* na Faculdade de Direito da UFRGS,¹¹ tive dificuldades em traduzir do alemão para o português a palavras *nichteheliches Kind* ou *Unehelicheskind*. Ao pé da letra, ambas as palavras significam “filho havido fora do casamento”, para o que se usa(va) as expressões *filho ilegítimo* ou *filho natural* em português, que são consideradas atualmente preconceituosas e discriminatórias, pelo que deveriam ser evitadas, a fim de não marcar distinções entre os filhos. A questão é que, em alemão, eventual carga moral negativa na expressão – que não se desconsidera – perde importância em face do fato que ela designa literalmente: que se trata de uma criança havida sem o casamento dos pais. A Lei fundamental alemã (dt. *Grundgesetz*, abrev. *GG*), de 1949, trata do tema em seu artigo 6, 5ª frase, em que dispõe que a lei deve assegurar a filhos havidos fora do casamento

⁸ Órgão judiciário com jurisdição recursal, membros de jurisdição superior ou até o local em que se exerce jurisdição.

⁹ Outra tradução para qualquer idioma que exigirá nota de rodapé, pois as atribuições do Ministério Público de natureza civil (IC e ACP) são típicas do Brasil, estando as atividades da carreira em outros países geralmente adstritas à promoção da justiça-penal.

¹⁰ Em alemão *Gericht* também pode conduzir a mal-entendido, pois, embora sirva geralmente para indicar tribunal – logo, instância recursal ou superior –, a palavra em alemão inclui o Juízo monocrático, em primeiro grau, motivo pelo qual a tradução deve observar essa peculiaridade.

¹¹ O trabalho foi publicado no livro *Direito comparado Alemanha-Brasil: temas de direito privado em estudos originais e traduzidos* (Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2021).

iguais condições de desenvolvimento físico e mental e para encontrar seu lugar na sociedade que proporcionar a crianças havidas dentro de casamento.¹²

Mas não são apenas as palavras e termos técnicos aparentemente correspondentes que podem não ter o *mesmo* significado em idiomas diversos – o que explica a prevalência do método *funcional*¹³ na comparação, porque perquire a *função* de um dado instituto jurídico. Também a organização e expressão do pensamento em português, alemão e inglês, por exemplo, é muito – mas muito – diferente.

A língua alemã é precisa; sua terminologia jurídica – na Alemanha¹⁴ –, técnica. Por outro lado, o jurista alemão, de mentalidade pragmática, não se detém em categorias inúteis. Pouco importam, por exemplo, classificações como a da existência, validade e eficácia do ato jurídico que existem no Brasil – importando, sim, se um determinado negócio jurídico “funcionou ou não”. Portanto, não há correspondente preciso, em alemão, para essas categorias de invalidade do negócio que lhe são estranhas ao pensamento. Bastam termos como *gültig* e *nichtig*, por exemplo.

Já o inglês é idioma sintético, com o qual se usa bem menos palavras que o português para dizer o mesmo. É fácil reconhecer essa característica ao serem examinadas traduções, que recorrentemente têm versão inglesa com 1/3 a metade da extensão do original em português. A objetividade é característica da língua.

O jurista poliglota entende a *natureza* das diferenças entre sistemas, as imperfeições de tradução e as armadilhas da construção de equivalentes. Por isso, consegue detectar e transmitir a *alteridade* que a tradução confere.

Um jurista que, porém, não domine o idioma do sistema que pretende conhecer, não é capaz de fazê-lo completamente. *Umberto Eco* faz uso de uma figura muito feliz para ilustrar a questão, ao dizer que a “*língua é uma prisão*” (afirmação que utilizei como título dessa primeira parte), porque impõe certa visão de mundo ao intérprete.

¹² *Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.*

¹³ Para estudo de métodos em direito comparado, veja-se: ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: Auf dem Gebiete des Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. Ainda: KISCHEL, Uwe. *Rechtsvergleichung*. München: C.H.Beck, 2015.

¹⁴ Sempre é bom lembrar que há outros países de idioma alemão, mas com ordenamentos próprios, como a Áustria, a Suíça e Luxemburgo.

Se há verdade, porém, na afirmação de *Eco*, também é verdade a observação de *Vivian Curran*, que a complementa, afirmando que o saber de muitas línguas liberta!¹⁵ É essa sua afirmação que passo a explorar a seguir.

III. “Muitas línguas libertam” (Vivian Curran)

Para conhecer as diferenças entre sistemas, não basta, portanto, simplesmente reconhecer e entender as *palavras* que empregam. A simples tradução não oferece a compreensão plena do sentido e alcance de textos jurídicos – especialmente quando o operador desconhece o sistema em relação ao qual esse texto é produzido. É preciso, portanto, que o comparatista se interesse por línguas estrangeiras – e naturalmente, por culturas diversas.

Um exemplo de que a simples tradução não oferece resultados satisfatórios está no instituto da *posse* (pt.), que, no Brasil, assim como na Itália (it. *possesso*) e na França (fr. *possession*), requer o elemento material (lt. *corpus*) e o psicológico (lt. *animus*), mas na Suíça – onde as leis são trilíngues – os mesmos termos em francês e italiano correspondem em sentido à mera *detenção*.¹⁶ E o que dizer da boa-fé objetiva (en. *good faith*), termo em português que designa *Treu und Glaube* (dt.). Na *Common Law*, que na essência repudia generalidades, invocar um dispositivo de interpretação tão ampla como § 242 BGB, que impõe deveres implícitos, poderia funcionar como um “convite para os juízes abandonarem o dever de fundamentar juridicamente suas decisões, produzindo uma ‘encantação’ não analítica de valores pessoais”.¹⁷ Pode-se, porém, constatar em diferentes relações contratuais o reconhecimento pelos tribunais ingleses de deveres de cooperação, *disclosure*, informação, proteção e mútua confiança tratados sob a noção de *reasonableness*.¹⁸

Outro termo de tradução complexa, que corrobora a tese da insuficiência do conhecimento da língua, é *lesão* – de direito civil, tratada no artigo 157 CC. No ordenamento alemão, o instituto consta do § 138 do BGB, sob o título *Wucher* (usura), que é apenas uma das formas de *laesio*, enquanto no código austríaco o instituto é designado “*Verkürzung über die Hälfte*” (§ 934

¹⁵ “Uma língua aprisiona o pensamento e compreensão numa visão de mundo; muitas línguas os libertam”. In: CURRAN, Vivian. *Comparative Law and Language. The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: OUP, 2019.

¹⁶ PORTALE, Giuseppe. *Lezioni di Diritto Privato Comparato*. Milão: Giappichelli, 2007.

¹⁷ ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*. Oxford: OUP, 2001. p. 170.

¹⁸ ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*. Oxford: OUP, 2001. p. 173.

ABGB) – ou mesmo *Läsion*, em expressão que deriva diretamente do latim. Requisitos para a materialização do instituto, porém, variam também de um país para o outro, com a exigência ou não do requisito subjetivo ‘da exploração dolosa do prejudicado pelo favorecido’, ou com parâmetros objetivos para o requisito da desproporção entre as prestações!

Da *Common Law* advém outro termo de difícil tradução: *trust* – instituto estranho à maioria dos sistemas continentais. O *trust*, por sua natureza, enseja uma propriedade dual (o *trustee* – fiduciário – não adquire senão título de proprietário dos bens que o *setlor* lhe cede, que continua sendo havido como proprietário perante terceiros). No Brasil, por exemplo, o *trust* não é contrato típico. E traduzir-lhe, literalmente, como *confiança* não oferece qualquer esclarecimento. Aliás, traduzir a *Equity*, da qual deriva o instituto, como *equidade* (percepção subjetiva de justiça), tampouco tem qualquer serventia diante da complexidade do conceito no direito inglês. Na França, o termo *fiducie (fr.)* corresponde à fidúcia romana – lembrando que o direito romano praticamente não contaminou o *Common Law* –, em que há a transferência da propriedade de bens ao fiduciário, que age em favor do(s) beneficiário(s), sendo responsável perante terceiros o adquirente, e não o alienante.

Por meio desses exemplos, busquei demonstrar o quanto o direito depende do idioma em que é expresso, podendo a tradução servir de *início* para a compreensão de um sistema estrangeiro, mas nunca dispensando completamente o texto original – em que a natureza das distinções pode ser apreendida, a partir de sutilezas imperceptíveis na tradução simples. Uma demonstração contundente dessa afirmação se extrai da literatura que trata de *case law* e precedentes – geralmente repleta de atalhos e simplificações, que buscam aproximar as diferenças entre *Common Law* e *Civil Law*.

No *Common Law* o próprio *direito tem natureza diversa*: o caso singular é a sua fonte; no *Civil Law*, por sua vez, o geral – emanado da lei – é o justo, porque previsível, seguro. Para se reconhecer diferenças fundamentais entre *Civil Law* e *Common Law* deve-se refletir sobre a visão de mundo que lhes serve de base. O direito civil continental tem compreensão de um direito universal, geral, cuja coerência e unidade deveriam conduzir à justiça, o que é característica decorrente de valores iluministas; o *Common Law*, por outro lado, é permeado dos valores do romantismo, valorizando o individual, o particular e o específico; enfim, o diferente. Por isso, a natureza desse sistema é quase o de uma composição *pontilhista*, como afirma Curran.¹⁹ Mesmo quando o civilista admite a hipótese de *case law*, isto é, de vinculação a precedente,

¹⁹ CURRAN, Vivian. Comparative Law and Language. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: OUP, 2019.

como ocorre na União Europeia, é porque tem reduzida a sua compreensão do que significa *Common Law*, limitada à noção de *rule of the case*, que é apenas adstrição do julgador de cortes subordinadas à decisão/dispositivo. O jurista do sistema anglo-americano, porém, tem esse julgamento particular indissociado de um conjunto contextualizado de outros casos – em especial, seus substratos fáticos –, porque se constitui em *reasoning* indutivo para outras decisões.

As sutis diferenças de percepção dos juristas desses sistemas foram particularmente evidenciadas desde o pós-guerra (II GM), quando profissionais de formação alemã, amiúde judeus, tornaram-se ‘nativos estrangeiros’, ao testemunhar o sistema jurídico que conheciam, germânico, de ‘mentalidade matemática’, ser transformado em algo diverso pela jurisprudência nacional-socialista.²⁰

Porém, se por um lado algumas experiências pós-guerra aumentaram a compreensão pelo comparatista de diferentes sistemas jurídicos, por outro também tem concorrido para reduzir a sensibilidade em relação às diferenças existentes, devido à uniformização involuntária da linguagem científica, em decorrência da ascendência do inglês como língua franca.

É inegável que apreender as singularidades de diferentes ordenamentos jurídicos pode restar comprometida pela adoção recorrente do inglês como língua de trabalho de muitos juristas. E o problema não se resume apenas no fato da maior parte do mundo contemporâneo estudar apenas esse idioma como segunda língua, mas cresce diante da falha flagrante do sistema educacional americano só ensinar o inglês, o que limita a imaginação e potencial também de seus próprios acadêmicos. Além disso, há perigo de, com a prevalência do inglês, serem impostos institutos característicos do *Common Law* em outros sistemas numa prática quase (auto)imperialista de considerar o estrangeiro superior.

Se, de um lado, o inglês permite a troca acadêmica no âmbito internacional, de outro empalidece as peculiaridades de cada sistema – por isso é essencial ao jurista, especialmente aquele que trabalha com direito estrangeiro, saber outras línguas e não ler apenas traduções do inglês. Afinal, se “*a língua é uma prisão*”, “*muitas línguas libertam*” (o pensamento e a compreensão)!

²⁰ Rudolph Schlesinger é reconhecido exemplo dessa circunstância, pois, após emigrar para os Estados Unidos, pôde contribuir de forma pioneira para desenvolver o direito comparado junto à universidade de Cornell, pela proximidade que tinha com ambos esses sistemas. Recomenda-se do autor: SCHLESINGER, Rudolf. *The Common Core of Legal Systems: An Emerging Subject of Comparative Study*. Leyden: A.W. Sijthoff, 1961.

Hoje vive-se, infelizmente, a era da *deflação* nas línguas.²¹ Conduzindo-me à conclusão, considero importante destacar que esse fenômeno é, porém, expresso de forma inversa na quantidade de normas, em que se verifica *inflação*. Esse último fato é visto, em geral, negativamente, porque relembra não apenas o período fascista, em que leis individuais, de aparente “legalidade”, serviram a subverter o estado de direito existente, mas também porque remonta à preocupação moderna expressa por *Portalis* quando da elaboração do *Code*, da habilidade da codificação de se ajustar à modificação das circunstâncias por meio de *interpretação* futura. É claro que injustiças e subversão do direito não estão associados à pluralidade de normas numa relação de causa e efeito, mas, sim, decorrem de circunstâncias históricas. Portanto, o problema flagrante da opção legislativa por normas pontuais – em detrimento de ampla codificação – é o aumento das dificuldades hermenêuticas do intérprete e operador do direito, de quem se passa a exigir melhor qualificação. O direito nacional oferece inúmeros exemplos da dificuldade que o número excessivo de normas acarreta. O tema da adoção é um deles, pois ao contrário do que a lógica recomenda, tem regulamentação fragmentada: se envolver menor, o processo deverá seguir as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto nos casos envolvendo maior, aplica-se o Código Civil. A interpretação dos contratos paritários se encontra no CC, enquanto aos negócios jurídicos que envolvem consumidor se deve aplicar os preceitos do código de proteção e defesa dele. Normas gerais de processo civil estão no CPC, mas exceções são encontradas no Estatuto do Idoso. E esses são exemplos meramente ilustrativos!

Em todo caso, tanto a adoção de um código com pretensão à completude, quanto de eixo central, ao redor do qual gravitam leis esparsas, são manifestações decorrentes de um conjunto de fatores não apenas jurídicos, mas culturais em sentido amplo.

Voltando à questão da prevalência do inglês, gostaria de destacar, por fim, um aspecto positivo desse fenômeno, que é a aproximação de sistemas por meio de leis uniformes geralmente instrumentalizadas e popularizadas nesse idioma. É o caso da Convenção de Viena para Compra e Venda Internacional de Mercadorias,²² que instrumentaliza o tráfego comercial internacional com maior segurança, que tem versão oficial também em língua inglesa.²³

²¹ CURRAN, Vivian. Comparative Law and Language. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: OUP, 2019.

²² United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG (en.).

²³ A CISG é convenção escrita nas línguas oficiais das Nações Unidas (árabe, chinês, inglês, francês, russo e espanhol), todas autênticas.

IV. Conclusão

Para encerrar essas reflexões sobre a relação entre direito e linguagem e o papel da tradução, gostaria de destacar que Direito, assim como idioma, é parte indissociável da cultura de um povo. Por esse motivo, estudar um sistema jurídico estrangeiro exige familiaridade do jurista com essa cultura e com o respectivo idioma. Assim, jovens juristas devem ser encorajados ao estudo de línguas estrangeiras e a conhecer diferentes culturas ao enveredar pelas trilhas do direito comparado.

Prefácio

Considerando as reflexões sobre o papel da tradução no estudo do direito estrangeiro e comparado expostas no texto *Direito e Linguagem*, é com grande satisfação que apresento as traduções reunidas na parte I desta obra, que são produto da dedicação desinteressada de acadêmicos da Faculdade de Direito da UFRGS, membros do Núcleo de Pesquisa em Direito Comparado e Internacional, que lidero desde 2012.

Em 2020, em face do isolamento social imposto pela pandemia de Covid-19, passamos a realizar encontros semanais do grupo, em ambiente virtual, para o estudo da terminologia jurídica em alemão – atividade que resultou no 1º volume da obra *Direito Comparado Alemanha-Brasil*. Se, por um lado, infelizmente, a pandemia não terminou, por outro, essa situação felizmente fez com que seguíssemos nos reunindo para estudo de alemão em textos jurídicos no ano de 2021 – o que resultou na oportunidade de realizar as traduções publicadas neste 2º volume.

O livro se inicia com tradução que fiz de dois textos de *Jan-Peter Schmidt*, que é chefe do Centro de Competência para a Aplicação do Direito Estrangeiro do Instituto Max-Planck para direito privado estrangeiro e internacional de Hamburgo, Alemanha. O primeiro deles, *A Legítima em direito comparado e política jurídica*, trata da parte da herança indisponível a testador que tem parentes próximos. O autor realiza verdadeiro voo panorâmico sobre o mundo e nos apresenta de forma excepcionalmente clara e completa o tratamento atual do tema em diferentes sistemas jurídicos do globo, assim como suas tendências. Já em *Lições a partir da nova codificação do direito privado brasileiro*, *Jan-Peter Schmidt* revela não apenas a amplitude de seu conhecimento sobre o direito brasileiro, e sua profundidade, mas sobre o papel da codificação na contemporaneidade.

Do mesmo autor é o artigo *A recepção do pensamento jurídico alemão no Brasil no exemplo da doutrina da boa-fé*, traduzido por *Roxanne Albanus, Bárbara Nery Tavares da Cunha Mello e Micael Leão Michaelsen*, em que a influência alemã sobre o pensamento jurídico brasileiro é estudada, sendo demonstrado que o significado da boa-fé no Brasil guarda vários paralelos com a experiência alemã, sem se configurar como uma variante brasileira genuína.

A nacionalidade da obra de arte como questão jurídica (1992), de *Erik Jayme*, foi objeto de tradução por *Carla Adams Bins Perin e Gabriela de Vargas Pochmann*. No texto, o autor enfrenta a questão de definir a nacio-

nalidade de uma obra como questão subjacente às demandas de restituição de patrimônio cultural.

Também de autoria de Erik Jayme é o artigo *Globalização no direito da arte: conflito de interesses e tendências internacionais*, com tradução de Jéssica Pinheiro Oyarzábal, Taís Bigarella Lemos e Victoria Franco Pasqualotto. Nele, o autor expõe os interesses globais, nacionais, de partes privadas, do mercado e das obras de arte em si, defendendo o uso de normas narrativas como forma de resolução de conflitos entre esses interesses.

É de Carl-Friedrich Nordmeier, traduzido por Mariana Teixeira Fortes e Isabela Kasper Kopittke Brasil, o texto *Questões fundamentais da eleição da lei no novo regulamento de sucessões da União Europeia: um exame do artigo 22*, em que o tema da escolha do direito aplicável à sucessão em casos envolvendo bens imóveis transfronteiriços na União Europeia.

O tema da locação em tempos de pandemia é objeto do artigo *Direito da locação comercial: redução de aluguel na crise do Coronavírus*, de Marc-Philippe Weller e Chris Thomale, com tradução de Roxanne Albanus e Maria Eduarda Gomes Lins Pastl. Nele, discute-se a exigibilidade da obrigação contratual de pagar aluguel de imóveis comerciais que não podem ser utilizados em virtude das disposições de fechamento de atividades comerciais durante o período de isolamento social.

A primeira parte da obra é encerrada com o texto de Christoph Kern traduzido por Micael Leão Michaelsen e Guilherme Kurrle Hannusch, intitulado *Direito comparado inteligente e inteligência artificial*, no qual se conclui pela baixa probabilidade do direito comparado sucumbir perante à inteligência artificial, já que a quantidade de informações não assegura sua correta valoração, se não realizada por jurista qualificado.

A segunda parte do livro, por sua vez, oferece à comunidade jurídica trabalhos que têm por objeto o direito brasileiro, escritos por acadêmicos do Programa de Pós-Graduação de Direito da UFRGS (PPGD-UFRGS) e nos quais é evidenciada a influência do direito alemão sobre nosso sistema jurídico.

Inicia-se a Parte II, Estudos de Direito Privado produzidos por acadêmicos da UFRGS, com o artigo *O decurso do tempo no direito privado: prescrição e decadência*, de Victoria Franco Pasqualotto e Gabriela Barcellos Scalco que, além de tratar das distinções entre esses institutos, abordou seus reflexos no âmbito processual.

Alice Pagnoncelli Pituco e Vitória do Prado Bernardinis apresentam no artigo seguinte, de título *Pessoa, nascituro e embrião: intervenções genéticas*, as conclusões da pesquisa que realizaram sobre os limites éticos e jurídicos das intervenções genéticas em embriões, tanto pelo aspecto do livre desen-

volvimento da personalidade dos filhos frutos das técnicas de reprodução assistida, quanto pela perspectiva do livre planejamento familiar.

No âmbito do direito autoral se inserem os trabalhos escritos por *Mariana Teixeira Fortes* e *Taís Bigarella Lemos*, e por *Jéssica Pinheiro Oyarzábal*. O primeiro, *Direitos da personalidade em conflito: as particularidades das biografias e do direito autoral* aborda temas como a amplitude das liberdades de expressão, de informar e artística, bem como potenciais conflitos com outros direitos de personalidade, como o direito à imagem. O segundo, *Os desafios na proteção autoral dos bens digitais na internet: os non-fungible tokens (NFTs) são a solução?*, por sua vez, introduz o tema dos NFTs como forma de proteção autoral dos bens digitais.

É de autoria de *Marcio Furtado*, *Rodrigo Ustárroz Cantali* e *Luciana Robles de Almeida* o artigo *A tutela dos direitos de personalidade: a proteção do direito à imagem entre direito material e processual*, no qual é abordada a tutela inibitória como instrumento de proteção preventiva ao direito de imagem e as opções de tutela repressiva disponíveis ao ofendido.

Sob o título *Causas de imputação da responsabilidade civil na contemporaneidade: dos “filtros tradicionais” ao novo contexto relacional*, *Luísa Dresch da Silveira Jacques* e *Carolina da Rosa Roncatto* lançam um novo olhar sobre culpa e o nexo de causalidade, tradicionais causas de imputação da responsabilidade civil, especialmente no âmbito do que chamam de publicidade velada e de objetos inteligentes.

As relações entre liberdade contratual e concorrência são o tema enfrentado por *Caroline Schlatter* e *Bruno Montanari Rostro*, no artigo *Intervenção no contrato e livre concorrência*, em que o problema é abordado a partir de casos concretos decididos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

A segunda parte do livro é encerrada com o artigo *A construção jurisprudencial de um direito fundamental de proteção de dados: análise do Volkszählungsurteil e seus reflexos na ADI 6.387*, escrito por mim e por *Anita Spies Cunha*, no qual o paradigmático caso do Censo julgado pelo BVerfG é confrontado com o julgamento havido na ADI 6.387.

Para concluir a obra, a terceira parte se configura como digressão independente das demais, oferecendo estudos de direito alemão e norte-americano produzidos em língua alemã e inglesa por acadêmicos vinculados ao PPGD-UFRGS.

Thorben Riemman, discente da *Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn*, em intercâmbio acadêmico junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sob minha tutoria, escreveu

Rechtsfragen des Fördermechanismus der Investitionsmaßnahme gem. § 23 ARegV unter besonderer Berücksichtigung des t-0-Verzugs, expondo o problema das medidas de investimento conforme o parágrafo 23 da normativa sobre a Regulamentação de Incentivo às Redes de Abastecimento de Energia (dt. *Anreizregulierungsverordnung – ARegV*). O texto oportuniza ao acadêmico brasileiro se familiarizar com a forma e profundidade de trabalho científico produzido por aluno de universidade alemã, oferecendo, assim, critério comparativo para suas próprias produções.

Com o propósito de permitir a mestrandos e doutorandos do PPGD-UFRGS aprofundarem seus conhecimentos de terminologia jurídica em língua estrangeira, os artigos seguintes trazem resultados de pesquisa em versões na língua inglesa.

Amanda Lemos Dill apresenta tema de introdução ao direito norte-americano no artigo *Consideration and promissory estoppel: How to enforce promises under american law*, em que expõe como fazer cumprir promessas nesse sistema jurídico.

Ainda no âmbito do direito americano, a constituição de família é objeto da pesquisa de *Deborah Dallemole*, apresentada no artigo *Marriage in the United States: the rights of same-sex couples and the questions remaining after Obergefell v Hodges*, em que a questões ainda não enfrentadas pela Suprema Corte daquele país no caso *Obergefell v Hodges* são destacadas.

O artigo *American criminal procedure: a brief overview focused on defendant's rights*, por sua vez, de *Stefan Espírito Santo Hartmann* encerra o livro, expondo tema em que o direito norte-americano revela influência em diversos sistemas jurídicos do mundo: direitos do réu em processo criminal.

Como se vê, a obra oferece temas bastante diferenciados e de conteúdo enriquecedor, evidenciando e renovando o interesse e a dedicação da academia da Faculdade de Direito da UFRGS pela doutrina cientificamente responsável e voltada ao estudo comparativo do Direito.

Por isso, é com muita satisfação que compartilhamos este livro com a comunidade, agradecendo mais uma vez não apenas aos professores alemães que ofereceram seus textos para tradução, mas também e especialmente ao CDEA – Centro de Estudos Europeus e Alemães, estabelecido junto à UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul e à PUC-RS – Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul com recursos do DAAD – *Deutscher Akademischer Austauschdienst*, pelo subsídio para a impressão deste volume. Espera-se, assim, poder contribuir para o estreitar das relações acadêmicas e fraternas entre o Brasil e a Alemanha.

Desejo a todos que tenham satisfação na leitura!
Ich wünsche Ihnen allen viel Spaß beim Lesen!

Lisiane Feiten Wingert Ody*

*Professora Associada da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
Porto Alegre, Brasil*

* Doutora em Direito, UFRGS (2011), com período de pesquisa junto à *Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg* (2007-2008). Mestre em Direito Privado, UFRGS (2004). Especialista em Processo Civil, PUC-RS (2010). Especialista em Direito Ambiental, UFRGS (2010). Especialista em Direito do Consumidor, UFRGS (2009). Bacharel em Direito, UFRGS com período de intercâmbio acadêmico junto à *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* (2000).

– Parte I –
de Heidelberg a Porto Alegre:
trabalhos traduzidos por acadêmicas
do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS

A *Legítima* em direito comparado e política jurídica*

Jan-Peter Schmidt**

Tradução de Lisiane Feiten Wingert Ody***

Sumário: I. Introdução. II. Armadilhas metodológicas. III. Classificações básicas. 1. Participação indisponível na herança vs. liberdade de testar ilimitada. 2. Participação em cotas fixas vs. participação flexível. a) Partilha rígida de cotas. b) Participação flexível. 3. Participação em medida de valor vs. participação em objetos. IV. Variedades e soluções mistas. 1. O espectro das quotas de participação. 2. Coexistência de uma participação baseada em valores e em uma parte da substância da herança. 3. Aumento da liberdade de disposição em favor de certos grupos de pessoas: a quota de melhoria espanhola (es. *mejora*). 4. Limites máximos. 5. Discricionariedade judicial no caso de participação flexível. 6. Combinação da participação conforme necessidade e da quota obrigatória. V. Tendências gerais. VI. Experiência e Conclusão.

* Artigo originalmente publicado sob o título *Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik* na obra *Hereditare* – Anuário de direito das sucessões e doações, sob organização de *Karlheinz Muscheler*, Mohr Siebeck, 2021. O texto é baseado em palestra dada em 28 de junho de 2019 no 10º Simpósio de Direito Sucessório de Bochum. A forma oral foi mantida em essência. Pelas trocas enriquecedoras sobre o tema, o autor agradece aos membros do grupo “*Comparative Law Succession*”, em particular seus coordenadores, *Kenneth Reid*, *Marius de Waal* e *Reinhard Zimmermann*.

** Priv.-Doz. Dr. Jan Peter Schmidt é Chefe do Centro de Competência para a Aplicação do Direito Estrangeiro do Instituto Max-Planck para direito privado estrangeiro e internacional de Hamburgo, Alemanha.

*** Drª Ms. Lisiane Feiten Wingert Ody é professora associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, Brasil.

I. Introdução

O tema que recebi dos organizadores “*Legítima*^{NT} em direito comparado e política jurídica” é tão amplo e diversificado que simpósios inteiros poderiam ser dedicados a ele. Devo, por isso, limitar-me a lançar alguns destaques sobre esse tema fascinante. Com esse propósito, a primeira parte da palestra é dedicada ao aspecto da comparação jurídica. Gostaria de levá-los numa espécie de voo panorâmico sobre a paisagem global a propósito da *legítima*,¹ que se mostrará extraordinariamente colorida e diversificada. Por enquanto, o objetivo é apenas informá-los e entretê-los. Vocês devem desfrutar do deslumbrante mundo jurídico da *legítima*, sentirem-se enriquecido por ela, de forma semelhante ao que sente numa visita a uma exposição de sucesso em um museu. Veremos que o tema do direito a uma *parte obrigatória* da herança (dt. *Pflichtteil*) confirma de forma exemplar o que *Konrad Zweigert* e *Hein Kötz* já descreveram há décadas como motivo para o grande potencial da pesquisa de direito comparado, isto é, que “os sistemas jurídicos do mundo são essencialmente distintos e que nas suas distinções se revelam soluções mais ricas do que as mais extravagantes inventadas por algum jurista tendencioso, preso aos limites do seu próprio direito, no decorrer de sua curta vida”.²

Não quero, entretanto, permanecer neste nível descritivo, mas sim, especialmente na segunda parte, traçar afirmações jurídicas e tecer considerações de “política jurídica” (dt. *Rechtspolitik*). No ponto, é claro, não vou me voltar à questão que tem sido debatida desde a Revolução Francesa – para mais ou para menos –, sobre o sentido e o absurdo de um direito à parte obrigatória [da herança] ser limite à liberdade de testar. Os argumentos essenciais estão

^{NT}. A tradutora optou por fazer uso do termo “*Legítima*” em português no título e introdução para facilitar a apresentação e contextualização do trabalho aos juristas nativos neste idioma. Todavia, a tradução literal de *Pflichtteil* para “parte obrigatória” (da herança) parece a mais adequada para a continuidade do texto, notadamente ao referir o direito alemão, sendo expressão que corresponde à tradução literal. Mais adiante, porém, faz-se uso da expressão ‘participação obrigatória’ (na herança, *mutatis mutandis*, no espólio), porque a amplitude do trabalho revela destinar-se exatamente a diferenciar os contornos que recebe o *instituto jurídico de reserva irrenunciável de parte do patrimônio do testador* no mundo. A tradutora informa, ainda, ter mantido as referências em padrão alemão, sem transpô-las ao da ABNT, realizando apenas ajustes indispensáveis, para fins de facilitar o acesso à literatura. Por fim, a tradutora agradece a leitura atenta da versão inicial por *Isabela Kasper Kopittke Brasil* e suas sugestões.

¹ O termo “parte obrigatória” (dt. *Pflichtteil*) é utilizado aqui, inicialmente, em sentido não técnico e amplo. A seguir, a propósito das dificuldades da construção de um conceito, o item II.

² *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. ed., Tübingen 1996, p. 14.

sobre a mesa há muito tempo,³ e os principais pontos de disputa são sua ponderação e bases empíricas (especialmente no que diz respeito a relações familiares, relações patrimoniais e às circunstâncias do *de cuius*). Por essas razões, eu gostaria de me dedicar à dimensão de política jurídica do direito a uma parte obrigatória [da herança] apenas na medida em que o direito comparado possa dar uma contribuição para o tema. O que podemos aprender com outros sistemas jurídicos e, em particular, como podemos não apenas avaliar, a partir da experiência estrangeira, mas também eventualmente reformar, o direito alemão no âmbito da *Pflichtteil*? As escolhas do legislador do BGB se provam por si mesmas ou, em retrospectiva, se afiguram como um caminho equivocado? Existem certas tendências internacionais? E finalmente: existe alguma coisa como um como uma via única (dt. *Königsweg*), uma “*best solution*”?

Não sou, de forma alguma, o primeiro a olhar de forma comparativa o direito a uma parte obrigatória [da herança]. Pelo contrário: provavelmente nenhum outro aspecto do direito sucessório tem sido objeto de interesse mais forte e frequente do que a limitação da liberdade de fazer testamento em virtude de direitos inalienáveis de parentes próximos.⁴ Isso não é surpreendente: por um lado, como já indicado, encontramos uma enorme gama de soluções diferentes, e tipicamente, são as diferenças, mais do que as semelhanças, que fazem o direito comparado atraente; por outro lado, essas diferenças entre os sistemas jurídicos individuais não são apenas de natureza formal ou de construção jurídica – como é frequentemente o caso⁵ –, mas são a expressão de decisões valorativas fundamentalmente divergentes. Isto confirma a supo-

³ Veja-se a magistral representação de *Muscheler*, *Erbrecht*, V. I, Tübingen 2010, § 13; ainda *Dutta*, *Warum Erbrecht? Das Vermögensrecht des Generationswechsels in funktionaler Betrachtung*, Tübingen 2014, §§ 6, 7.

⁴ Veja-se, especialmente, *Henrich/Schwab* (org.), *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, Bielefeld, 2001; *Trulsen*, *Pflichtteilsrecht und englische family provision im Vergleich*, Tübingen, 2004; *Anderson/Arroyo i Amayuelas* (org.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom – European Perspectives*, Groningen, 2011; *Castelein/Foqué/Verbeke* (org.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Antwerpen, 2009; *Dutta*, *Entwicklungen des Pflichtteilsrechts in Europa*, *FamRZ* 2011, p. 1829-1840; *R. Zimmermann* (org.) *Freedom of Testation – Testierfreiheit*, Tübingen 2012; *Miler*, *Dependants’ Relief Legislation and Compulsory Portion*, Tübingen 2017 (zum Recht von British Columbia); *Roggendorf*, *Indefeasible Family Rights: A Comparative View on the Restrictions of Testamentary Freedom*, *Edinburgh LR* 22 (2018), p. 211-236; *Baumer*, *Das neue deutsche Pflichtteilsrecht und das Recht der englischen family provision*, Hamburg, 2018; e *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (org.), *Comparative Succession Law*, V. III: *Mandatory Family Protection*, Oxford, 2020.

⁵ Um exemplo são as diferenças entre a aquisição *inicial* (dt. *Antrittserwerb*) e a aquisição *por si* (dt. *Vonselbsterwerb*), que são muito menores em substância do que é frequentemente sugerido na literatura. A propósito *J.P. Schmidt*, *Itinera hereditatis: Strukturen der Nachlassabwicklung in historisch-vergleichender Perspektive*, no § 1 I.II (a ser publicado em 2021).

sição de que o direito a uma parte obrigatória [da herança] é, pelo menos atualmente, o aspecto do direito sucessório com o maior poder explosivo (dt. *Brisanz*) jurídico-político.

II. Armadilhas metodológicas

Antes de proceder à comparação propriamente dita, deve ser referida uma palavra sobre a metodologia. O direito à *Pflichtteil* (pt. parte obrigatória) ilustra de maneira especial os perigos de uma abordagem formalista que se concentre apenas em determinados conceitos ou institutos jurídicos.⁶ Até agora, tenho falado de forma bastante imparcial da “parte obrigatória” ou do “direito a uma parte obrigatória” [da herança] e, portanto, expondo-me à suspeita de um pecado capital do direito comparado, pois eu sugeri que esses são termos neutros em termos de ordem jurídica, com o qual qualquer sistema jurídico do mundo poderia estar significativamente relacionado. Mas se eu entendo o termo *Pflichtteil* (pt. parte obrigatória) tecnicamente, no sentido da *lei alemã*, como uma participação no patrimônio, independente do meio, sob a forma de um crédito monetário, então eu não iria muito longe em minha comparação. Eu realmente descobriria que uma parte obrigatória [da herança] com essas características também existe na Áustria ou na Holanda.⁷ Por outro lado, os sistemas jurídicos da Suíça e a Itália, por exemplo, cairiam fora da comparação, porque os membros próximos da família nesses países não recebem apenas *direito obrigacional de crédito*, mas uma *participação direta* na substância da herança, na forma de parte de bens do espólio.⁸ Se eu quiser capturar tais diferenças, preciso de um conceito que seja suficientemente amplo. Eu poderia tentar entender a “parte obrigatória” de forma não técnica como uma parte do patrimônio que, em qualquer forma legal, é reservada aos membros próximos da família e que é indisponível ao *de cuius*. Entretanto, mesmo essa abordagem seria limitada, pois, como veremos, há numerosos sistemas jurídicos que não concedem aos membros próximos da família uma *quota fixa* de participação, mas só lhes dão direito a uma parte determinada judicialmente, que é orientada, pelo menos no ponto de partida, pela *necessidade de manutenção* do favorecido. Mais uma vez eu teria novamente o problema de não poder incluir tais soluções na comparação.

⁶ De modo geral, veja-se: *Zweigert/Kötz* (Nota 2), § 3.

⁷ Para isso, abaixo, em III. 3.

⁸ Veja abaixo, em III, 3.

Mas qual deveria ser então a *tertium comparationis*? Como membro de um grupo internacional de pesquisa sobre direito sucessório comparado, eu recentemente experimentei em primeira mão que a resposta a essa pergunta não é de forma alguma trivial. Após esse grupo ter se dedicado ao tema dos testamentos em uma primeira publicação conjunta⁹ e à ordem de sucessão legal numa segunda,¹⁰ o foco se centralizou no tema do direito a uma parte obrigatória [da herança], sendo a questão que quase mais se discutiu a do título do livro em inglês. O equivalente da *parte obrigatória* (dt. *Pflichtteil*) seria “*compulsory portion*”,¹¹ mas essa terminologia, pelas razões mencionadas, se distanciaria demais do ponto de vista alemão. Outro termo em inglês é “*forced heirship*”,¹² mas esse não se encaixaria no direito alemão, em que o beneficiário da parte obrigatória não é “*heir*”, ou seja, herdeiro no sentido técnico. Sugeriu-se que o título fosse então algo como “*Mandatory Participation of Family Members*” (pt. Participação mandatória de membros da família), mas depois os colegas da Inglaterra e da Austrália disseram: “*isso não nos é adequado, porque em nosso país a participação é uma questão de discricionariedade judicial*”. Depois de muito ir e vir, os editores finalmente concordaram com o título “*Mandatory Family Protection*” (pt. Proteção mandatória da família). Portanto, se você se deparar com o livro no futuro, agora você sabe do que se trata!

A seguir, eu mesmo não falarei mais da parte obrigatória (dt. *Pflichtteil*), mas usarei, sim, a expressão “*participação indisponível na herança*” (dt. *unentziehbare Nachlassteilhabe*) como o termo genérico.¹³ Em última análise, nada depende do termo. Mas qualquer um que queira fazer comparações significativas deve ser claro sobre o que deve ser o objeto da comparação.¹⁴

⁹ Reid/De Waal/R. Zimmermann (org.), *Comparative Succession Law, Vol.I: Testamentary Formalities*, Oxford, 2011.

¹⁰ Reid/De Waal/R. Zimmermann (org.), *Comparative Succession Law, Vol.II: Intestate Succession*, Oxford, 2015.

¹¹ Veja-se, por exemplo, R. Zimmermann, *The Compulsory Portion in German Law*, in: Reid/De Waal/R. Zimmermann (org.), *Comparative Succession Law, Vol.III: Mandatory Family Protection*, Oxford 2020, p. 268 (também: Max Planck Private Law Research Paper N° 19/19, no link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3499075).

¹² Veja-se Braun, *Forced Heirship in Italian Law*, in: Reid/De Waal/R. Zimmermann (org.), *Comparative Succession Law, v. III: Mandatory Family Protection*, Oxford 2020, p. 108.

¹³ Outro termo apropriado é „proteção forçada de parentes”, veja-se R. Zimmermann, *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht: Entwicklungslinien jenseits der westeuropäischen Kodifikationen* (publicado em *RabelsZ* 85, 2021).

¹⁴ A necessidade de uma compreensão funcional da porção obrigatória também é enfatizada por Dutta (Nota 4), p. 1830 e seguinte.

III. Classificações básicas

Passemos agora às leis sucessórias do mundo. Eu não quero simplesmente listar os despejar os modelos normativos na sua frente como uma caixa de papéis, mas, por razões de clareza e compreensibilidade, organizá-las de acordo com a seguinte taxonomia:



Essa classificação ainda será refinada, mas a imagem acima proporciona uma primeira aproximação.

1. *Participação indisponível na herança vs. liberdade de testar ilimitada*

No mais alto nível da taxonomia, pode ser feita uma distinção entre os sistemas jurídicos que preveem alguma forma de participação indisponível na herança para parentes próximos e aqueles que asseguram liberdade testamentária irrestrita. A maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos pertence ao primeiro grupo, incluindo países da tradição inglesa.¹⁵ Existem alguns exemplos em todo o segundo ou se trata de categoria puramente teórica?

Um exemplo histórico pode ser encontrado no direito romano pré-clássico, que permitia a um testador deserdar completamente seus filhos, sem

¹⁵ Sobre isso, abaixo, em III. 2. b).

dar razões, exigindo apenas que essa deserdação fosse expressa.¹⁶ Foi apenas em resposta a um número crescente de testamentos moralmente censuráveis que os romanos então restringiram a liberdade de testar sob a perspectiva material,¹⁷ fazendo-o com base na ideia de obrigação do *de cuius* com parentes próximos, o que constitui uma das duas raízes históricas do direito sucessório atual da Europa continental.¹⁸

Outro exemplo histórico de liberdade de testar irrestrita vem do direito inglês,¹⁹ mas deve ser enfatizado imediatamente que esse estado de coisas é apenas o resultado de um processo de desenvolvimento de séculos e que teve duração relativamente curta.²⁰ O ponto de partida na Alta Idade Média foi muito restritivo: a propriedade imobiliária (chamada “*realty*”) era completamente excluída de disposições testamentárias e ia para o “herdeiro” de acordo com o *Princípio da Primogenitura*. Os bens móveis (chamados “*personalty*”) era reservada na proporção de 2/3 para a viúva e os filhos (chamadas “*wifes’s part*” e *bairns’ part*).²¹ Apenas a proporção de um terço, chamada “*dead’s part*”, era de livre disposição pelo *de cuius* para se desfazer de sua “*personalty*”.

A Lei de Testamentos (en. *Wills Act*), de 1540, liberou então o patrimônio imóvel de sua vinculação (dt. *Bindung*) e, ao longo dos séculos, em um processo gradual, que não prosseguiu de forma uniforme regionalmente por causas não conhecidas com precisão, as restrições à herança da propriedade móvel também foram desaparecendo completamente. O último bastião da chamada “*legitim*” (en.), ou seja, o direito indisponível de parentes próximos à “*personalty*”, foi abolida em Londres somente em 1724.²² Foi somente a partir deste momento que o direito inglês passa a ter liberdade testamentária ilimitada, embora isso também exija qualificação. Como sabemos a partir dos

¹⁶ Mais sobre esse direito de herança formal em *R. Zimmermann*, Compulsory Heirship in Roman Law, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann (org.)*, Comparative Succession Law, V. III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, p. 1, 3 e seguinte.

¹⁷ *Zimmermann* (Nota 16), p. 6-10.

¹⁸ A outra é a idéia germânica de propriedade familiar, retirada desde o início. Sobre isso, abaixo: III. 3.

¹⁹ Essa referência curta significa aqui e a seguir o direito da Inglaterra e do País de Gales.

²⁰ Sobre o seguinte em detalhes: *Kerridge*, Freedom of Testation in England and Wales, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann (org.)*, Comparative Succession Law, Vol.III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, p. 384-391.

²¹ Sobre isso e sobre a taxa de participação em outras constelações: *Helmholz*, The Oxford History of the Laws of England, V. I: The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s, Oxford 2005, p. 425.

²² Em profundidade: *Helmholz*, Legitim in English Legal History, University of Illinois Law Review (1984), p. 659-660 e 665-674. É interessante que “*legitim*” tenha sido capaz de se afirmar na Escócia e ainda hoje subsista sob a forma de “*legal rights*”. Veja-se, abaixo: III. 2. a).

romances de *Jane Austen* ou a partir da série de televisão “*Downton Abbey*”, o patrimônio fundamental (dt. *Grundvermögen*) era, em regra, fiduciariamente transmitido por gerações, de modo que um proprietário estava em uma posição semelhante a um pré-herdeiro (dt. *Vorerbe*).²³ Foi apenas aproximadamente no final do século XIX que esses arranjos (en. *settlement*) desapareceram em grande parte, havendo liberdade irrestrita de testar, tanto em aspectos formais, quanto materiais. Essa fase chegou ao fim em 1938, quando a “*Family Provision*”, ainda a ser discutida em detalhes, foi introduzida.²⁴

A liberdade irrestrita de testar dos séculos XVIII e XIX não sobreviveu nem mesmo nas antigas colônias inglesas, com uma exceção significativa, a do direito da maioria dos estados americanos (nos Estados Unidos não há regulamentação federal uniforme do direito sucessório).²⁵ Assim, um dos principais manuais jurídicos dos EUA afirma: “*Não há exigência de que um testador deixe qualquer propriedade para uma criança, nem mesmo o proverbial um dólar*” (en. *There is no requirement that a testator leave any property to a child, not even the proverbial one dollar*).²⁶ E outro autor esclarece: “*mesmo um pai ou mãe prósperos podem deixar seus filhos sem nenhum ‘tostão’*” (en. *[E]ven a wealthy parent is permitted to leave his needy children penniless*)²⁷ No entanto, se depois se olhar a prática jurídica, surgem dúvidas sobre se estas frases são realmente levadas a sério.²⁸ Os testamentos que deserdam completamente os membros próximos da família são frequentemente derrubados no tribunal, por exemplo, por influência indevida (en. *undue influence*).²⁹ Na prática, o consultor/advogado recomenda refletir sobre os riscos de litígio com muito cuidado na hipótese de o testador buscar a completa deserdação dos membros próximos da família.

²³ Mais informações em *Dutta* (Nota 3), p. 66-70.

²⁴ Veja-se abaixo: III. 2. b).

²⁵ Para mais informações: *Scalise*, Freedom of Testation in the United States, in: *R. Zimmermann* (org.) Freedom of Testation – Testierfreiheit, Tübingen 2012, 143–170; do mesmo autor, *Family Provision in the United States*, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (org.), Comparative Succession Law, Vol.III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, p. 533-537.

²⁶ *Dukeminier/Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates, 9.Ed., New York 2013, p. 556.

²⁷ *Brashier*, Protecting the Child from Disinheritance: Must Louisiana Stand Alone?, Louisiana LR 57 (1996), p. 1 e 3.

²⁸ Além disso, pelo menos alguns estados americanos garantem às crianças menores de idade uma participação mínima sob certas condições na forma de “*homestead allowance*”, da “*exempt property*” e do “*family allowance*”. Veja-se: §§ 2-402 bis 2-404 Uniform Probate Code. Mais sobre o tema em *Zimmermann* (Nota 13) no item VI.3c).

²⁹ Sobre isso *Scalise*, Freedom of Testation (Nota 25), p. 152-154 e 162-165.

Finalmente, deve ser observado que em algumas partes da Europa, ou mais precisamente em algumas partes da Espanha, sobrevive a liberdade ilimitada para fazer testamentos até os dias de hoje. A lei da província de Navarra, por exemplo, exige apenas que o testador faça doações simbólicas a seus parentes próximos – no que se reconhece a procedência romana de um direito de herdeiros necessários (dt. *Noterbenrecht*) formal.³⁰ Finalmente, em uma determinada parte do País Basco, chamada “Fuero de Ayala”, aparentemente não existe sequer este obstáculo.³¹

2. Participação em cotas fixas vs. participação flexível

Isso nos leva ao segundo nível de classificação, ou seja, aqueles sistemas jurídicos que preveem alguma forma de proteção obrigatória dos parentes. Neste ponto, os sistemas jurídicos com uma participação rígida, de cotas fixas, podem ser contrastados com os que preveem uma participação flexível a ser determinada pelo tribunal para o caso concreto específico. Originalmente, eu pretendia distinguir entre uma participação que dependeria da comprovação de necessidade do favorecido de uma participação que *não* dependeria dessa comprovação. No entanto, mais tarde cheguei à conclusão de que esta terminologia não seria precisa, pois em sistemas jurídicos com participação flexível, a necessidade concreta de manutenção forma, em regra, a referência, mas este nem sempre é o caso, como veremos.³²

a) Partilha rígida de cotas

Ao grupo com participação em quotas tão rígida quanto abstrata³³ inclui, é claro, o direito alemão, mas também inclui quase todos os outros países do continente europeu ocidental,³⁴ bem como, ainda, os países da América do Sul.³⁵ Outro país membro deste grupo e que pode, à primeira

³⁰ Sobre o tema, acima, a nota de rodapé 16.

³¹ Mais perto de ambos os exemplos: *Vaquer*, Freedom of Testation in Spain and Catalonia, in: *R. Zimmermann* (org.) Freedom of Testation – Testierfreiheit, Tübingen 2012, 85, 116, 118; *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht in historisch-vergleichender Perspektive, *RabelsZ* 84 (2020), 465, 531 f.

³² Veja-se abaixo: IV. 5.

³³ Veja-se *Muscheler* (Nota 3), número marginal 422.

³⁴ Sobre a solução mista de muitos estados do Leste Europeu ver abaixo IV. 6.

³⁵ Sobre esse último, em detalhes: *J.P. Schmidt*, Forced Heirship and Family Provision in Latin America, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (org.), Comparative Succession Law, Vol.III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, 175 (também: Max Planck Private Law Research Paper N° 19/18, sob o link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3491878).

vista, talvez, surpreender, é a Escócia, onde os cônjuges supérstites e filhos têm direito (en. *legal rights*) a um terço da herança (bens móveis). Poder-se-ia assumir, espontaneamente, que esse direito é baseado em uma recepção do direito continental. Porém, é simplesmente uma continuação da tradição inglesa medieval,³⁶ que, como já vimos, terminou há séculos em seu país de origem.³⁷ A conexão histórica pode ser vista com mais clareza do ponto de vista alemão, curioso, como exceção para “*heritable property*”, ou seja, bens imóveis.³⁸ Um *de cujus* (dt. *Erblasser*) que não quer deixar nada para seus parentes próximos, só tem que transferir todo seu dinheiro para bens imóveis, e eles não precisam ser nem mesmo localizados no exterior. A tentativa de pôr um fim a este tratamento arbitrário e desigual a partir dos tipos de bens tem falhado até agora devido à resistência dos grandes proprietários de terras e produtores rurais.³⁹

b) Participação flexível

Analisemos, então, os países com participação baseada em casos individuais/concretos. O “*Family provision*” inglês, descrito por *Anatol Dutta* como o “arquetipo de flexibilidade de parte obrigatória” (dt. *Archetyp eines flexiblen Pflichtteils*)⁴⁰ já foi mencionado e não é mais desconhecido neste país. Talvez menos conhecido seja o fato de que esse modelo de determinação judicial da participação na herança por parentes carentes/necessitados (dt. *bedürftiger Angehöriger*) não se originou na própria Inglaterra, mas em sua antiga colônia, a Nova Zelândia. Em 1900, em resposta ao número crescente de viúvas e crianças para as quais nada havia sido deixado pelo testador no exercício

³⁶ *Reid*, *Intestate Succession in Scotland*, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (org.), *Comparative Succession Law*, Vol.II: *Intestate Succession*, Oxford, 2015, p. 370, 374; do mesmo autor, *Mixing without Matching: Fractions, Slabs, and the Succession Rights of the Surviving Spouse and Children*, *Edinburgh Law Review* 24 (2020), p. 118 e 120.

³⁷ Veja-se acima III. 1.

³⁸ Veja-se *Reid*, *Intestate Succession* (Nota 36), 391; do mesmo autor, *Legal Rights in Scotland*, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (org.), *Comparative Succession Law*, V. III: *Mandatory Family Protection*, Oxford, 2020, p. 417, 418–426. Até 1964, o cônjuge sobrevivente tinha pelo menos recebido uma espécie de usufruto (“*terce*” ou “*courtesy*”) sobre o bem imóvel.

³⁹ *Reid*, *Intestate Succession* (Nota 36), p. 386; do mesmo autor (Nota 38), p. 445–446. O direito escocês também é notável na medida em que não prevê nenhuma proteção contra a evasão da parte obrigatória do patrimônio por meio de disposições em vida. Até agora, não houve necessidade prática de tal proteção de direitos legais; além disso, uma proteção correspondente contra a evasão era considerada muito complexa (essa última avaliação é sem dúvida apoiada pela experiência continental europeia). Veja-se *Reid* (Nota 38) p. 438–440.

⁴⁰ *Dutta* (Nota 4), p. 1833.

de sua liberdade testamentária ilimitada, e que não deveriam ser um fardo para o público em geral, foi criada a “*Testator’s Family Maintenance Act*”.⁴¹ A partir de seu canto remoto do globo, este modelo legislativo logo alcançou o triunfo no mundo inteiro: foi adotado, em particular, nas jurisdições da Austrália e do Canadá⁴² e, em 1938, também na Inglaterra.⁴³ O fato de os EUA terem resistido a essa tendência até hoje é, em parte, devido ao fato de não se desejar tornar ainda mais complexo o processo de administração do espólio, já muito complicado, estendendo-o para torná-lo de competência judicial.⁴⁴

Independentemente disso, deve ser enfatizado que o modelo de uma participação flexível na herança não existe de forma alguma somente em países que pertencem ao sistema da *Common Law*. Por exemplo, também o encontramos no México e nos países da América Central, cujo direito privado geralmente pertence ao *Civil Law*, e que, após a independência da Espanha, continuaram, inicialmente, a tradição espanhola de direito sucessório de família muito forte.⁴⁵ Os regimes do México e da América Central também são notáveis por outro motivo: eles introduziram uma participação flexível no patrimônio mesmo antes da Nova Zelândia e, portanto, foram pioneiros de tal modelo em todo o mundo. Honduras foi a primeira a fazer isso em 1880. A Costa Rica seguiu logo depois, em 1881, e o México deu o mesmo passo em 1884. Aproximadamente 20 anos depois, seguiram-se El Salvador, Guatemala, Nicarágua e Panamá. Como foi possível que esses países optassem por uma solução tão moderna, mesmo do ponto de vista atual, já no final do século XIX?

⁴¹ Em detalhes: *Peart/Vines*, Family Provision in New Zealand and Australia, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (org.), *Comparative Succession Law*, Vol.III: Mandatory Family Protection, Oxford, 2020, p. 450, 452-456.

⁴² Sobre a Austrália, veja-se: *Peart/Vines* (Nota 41), p. 456 e seguinte; para o Canadá, *Popovici/L. Smith*, Freedom of Testation and Family Claims in Canada, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (org.), *Comparative Succession Law*, V. III: Mandatory Family Protection, Oxford, 2020, p. 507, 509-512 (sobre o desenvolvimento jurídico divergente na província de Québec, p. 512-518). Em contraste, a participação na legislação sul-africana é, em grande parte, o produto de um desenvolvimento autônomo. Veja-se: *De Waal*, Family Provision in South Africa, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (org.), *Comparative Succession Law*, V. III: Mandatory Family Protection, Oxford, 2020, p. 477, 479-481, 486-491.

⁴³ Sobre *Inheritance (Family Provision) Act 1938* e os desenvolvimentos seguintes *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, veja-se *Cooke*, Testamentary Freedom: A Study of Choice and Obligation in England and Wales, in: *R. Zimmermann* (org.), *Freedom of Testation – Testierfreiheit*, Tübingen 2012, p. 125, 128-129; *Sloan*, in: do mesmo organizador, *Landmark Cases in Succession Law*, Oxford, 2019, p. 301-303.

⁴⁴ *Scalise*, Family Provision (Nota 25), p. 536-537.

⁴⁵ Aprofundando, veja-se *Schmidt* (Nota 35), p. 185-188.

Uma explicação é a influência do liberalismo e de autores como *John Stuart Mill*.⁴⁶ Um segundo fator para a forte ênfase na liberdade de testar pode ter sido a proximidade geográfica com os EUA. No entanto, a contribuição mais importante foi, provavelmente, a da máxima de *Montesquieu*, muitas vezes citada, de que a lei natural impõe apenas aos pais o dever de alimentar seus filhos, mas não o dever de torná-los herdeiros “*La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n’oblige pas de les faire héritiers*”.⁴⁷

Finalmente, o grupo de participação flexível na herança conta com o direito da República Popular da China.⁴⁸ Isso merece atenção em particular porque refuta a ideia de que essa solução só pode ser encontrada no mundo capitalista. A convicção de que somente aqueles membros da família que não estão em condições de se sustentarem podem ter direito sucessório indisponível pode ser até considerada como característica do sistema jurídico socialista.⁴⁹

3. *Participação em medida de valor vs. participação em objetos*

Chegamos à última distinção estrutural e, de fato, dentro do grupo de participação em cotas fixas. Aqui, a participação em *valor* (dt. *Wertmäßige Teilhabe*) pode ser contrastada com a participação baseada em objetos (dt. *gegenständliche Teilhabe*). No primeiro caso, os beneficiários recebem apenas um crédito em dinheiro; no segundo, eles têm direito a uma parte do todo da herança, depois de prévia ação (dt. *Erhebung einer Herabsetzungsklage*). Como será mostrado, porém, a classificação nem sempre é unívoca, pois também existem formas mistas de participação, entre a baseada em valores e em objetos.⁵⁰

Até o passado recente, a forma dominante de participação era a nos bens, que infelizmente às vezes era referida como “*Noterb(en)recht*” (direito dos herdeiros necessários),⁵¹ enraizada na ideia de uma *propriedade familiar* não disponível. A expressão codificadora mais influente deste modelo é o Code Civil francês de 1804, cuja disciplina do “*réserve héréditaire*” (fr.) continuou a

⁴⁶ Sobre sua rejeição de uma participação obrigatória no patrimônio *Muscheler* (Nota 3), n° marginal 426.

⁴⁷ *Montesquieu*, De l’Esprit des Lois (1748), livro 26, capítulo 6. Sobre a suposta influência sobre os legisladores da América Central: *Schmidt* (Nota 35), p. 187 e seguinte.

⁴⁸ Aprofundando-se *Pissler/Kleinwegener*, Necessary Portion in China, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (org.), Comparative Succession Law, V. III: Mandatory Family Protection, Oxford, 2020, p. 599, 603–610.

⁴⁹ Sobre isso, abaixo: IV. 6.

⁵⁰ Veja-se abaixo: IV. 2.

⁵¹ Veja-se a crítica em *Kaser*, Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht, 2.Ed., München, 1971, p. 705 (Nota 8); *Zimmermann* (Nota 16), p. 4 (Nota 24).

tradição germânica do “*droit coutumier*” (fr.).⁵² A partir do ponto de vista do testador, pode-se falar de um sistema de “parte livre”, porque o resto da sua propriedade está excluída da possibilidade de disposição por testamento⁵³. Em contraste, os elaboradores do BGB optaram por uma parte sob a forma de crédito pecuniário, afastando-se, assim, do caminho tradicional,⁵⁴ embora o CC Austríaco (ABGB) de 1811 seja um exemplo proeminente para essa solução.⁵⁵

Entretanto, houve uma inversão da tendência.⁵⁶ Com a reforma do *Code* em 2006, a França afastou-se de seu modelo original e agora concede aos herdeiros reservados (fr. “*héritiers réservataires*”), em princípio, apenas uma participação no valor.⁵⁷ Uma mudança semelhante no sistema foi adotada pela Bélgica⁵⁸ e Países Baixos⁵⁹ neste milênio, e na Itália o tema é objeto de uma

⁵² Sobre isso *Muscheler*, Erbrecht, V. II, Tübingen, 2010, n.ºs marginais 4083, 4091 e seguinte; *Zimmermann* (Nota 31), p. 475-480.

⁵³ *Muscheler* (Nota 52), n.ºs marginais 4083 e 4090.

⁵⁴ Detalhado em *Muscheler* (Nota 3), n.ºs marginais 507-513; *Zimmermann* (Nota 11), p. 280-282.

⁵⁵ *Muscheler* (Nota 3), n.º marginal. 506; detalhado em *Wendehorst*, Compulsory Portion and Other Aspects of Family Protection in Austria, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (org.), Comparative Succession Law, Vol.III: Mandatory Family Protection, Oxford, 2020, p. 233, 237 e seguinte. Para o direito austríaco atual, veja-se: § 763 ABGB.

⁵⁶ Sobre isso *Kroppenberg*, Pflichtteilsrecht, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, *Basedow/Hopt/R. Zimmermann* (org.), Tübingen, 2009, p. 1156, 1158 e seguinte; *Dutta* (Nota 4), p. 1831 e seguinte; *Zimmermann* (Nota 31), p. 510-516.

⁵⁷ Art. 924 Code civil. Entretanto, como o Art. 924-4 do Código Civil também concede aos herdeiros reservados (fr. “*héritier réservataire*”) direitos contra terceiros adquirentes (em negócios jurídicos), a situação jurídica não é clara, razão pela qual na prática o consentimento do “*héritier réservataire*” também é obtido quando o imóvel é vendido. Veja-se *Gresser*, Testamentsvollstreckung in Frankreich, in: *Löhnig/Dutta et al.* (org.), Testamentsvollstreckung in Europa, Bielefeld, 2018, p. 129 e 132. *Döbereiner*, Frankreich, in: *Süß* (org.), Erbrecht in Europa, 3.Ed., Bonn, 2015, n.º marginal 105, até assume a existência contínua de um direito de herança.

⁵⁸ Art. 920 § 2 belg. Code civil. Sobre o contexto e antecedentes da reforma do direito sucessório belga havida em 2017: *Heirbaut*, The sleeping beauty awakens: Belgium’s new law of inheritance as a first step in the greatest recent recodification program in Western Europe, ZEuP, 2018, p. 391-415.

⁵⁹ Sobre isso *Kolkman*, Freedom of Testation in the Netherlands, in: *R. Zimmermann* (org.), Freedom of Testation – Testierfreiheit, Tübingen 2012, 25, 32-25, que fala até da maior “inversão de política” da reforma de 2003.

proposta legislativa atual.⁶⁰ Até agora, por outro lado, não foi contestada a parte obrigatória da herança em bens na Suíça⁶¹ e no Brasil,⁶² por exemplo.

IV. Variedades e soluções mistas

Embora a taxonomia aqui apresentada forneça uma orientação aproximada, é inerente a qualquer classificação o perigo de simplificação excessiva. Um olhar mais atento revela numerosas variações e soluções mistas dos vários modelos básicos.

1. O espectro das quotas de participação

Na concepção das quotas de participação, pode-se fazer uma distinção entre um aspecto estrutural e um aspecto quantitativo. O primeiro, diz respeito à distinção entre quotas estáveis e variáveis; a segunda, diz respeito ao valor das cotas.

O BGB prevê quotas de participação estáveis, no sentido de que se baseia no número de pessoas com direito em um caso específico. Um testador com um filho tem tanta liberdade testamentária quanto um testador que deixa dez filhos. Também na maioria dos outros sistemas jurídicos com uma quota de participação, a parte indisponível também é fixa.⁶³ No entanto, há o modelo quotas “escaloadas”. A lei francesa, por exemplo, reserva a uma única criança metade da herança; a duas crianças, dois terços; e a três ou mais crianças, três quartos da herança.⁶⁴ Regras semelhantes são encontradas em

⁶⁰ Disegno di legge v. 19.3.2019 (<https://perma.cc/KJR9-DZWD>). Para o direito vigente, veja-se: Art. 536, 554 Codice civile; *Muscheler* (Nota 52), nº marginal 4093. Aprofundando: *Braun* (Nota 12).

⁶¹ Veja-se: Art. 470, 522 ZGB. Sobre isso: *Druey*, Grundriss des Erbrechts, 5.Ed., Bern 2002, § 6, nº marginal 1–13; *Muscheler* (Nota 52), nº marginal 4094.

⁶² Art. 1846 Código civil, que expressamente dispõe que aos „herdeiros necessários“ pertence de pleno direito a metade da herança. Veja-se: *Schmidt* (Nota 35), p. 200.

⁶³ Deve ser feita aqui uma distinção a propósito dos grupos de beneficiários, isto é, se são tratados igualmente. Embora o BGB, por exemplo, também não preveja nenhuma diferenciação a este respeito, outros sistemas legais reservam uma parcela maior para os descendentes do que para os ascendentes ou o cônjuge sobrevivente. Para exemplos da América do Sul, veja-se *Schmidt* (Nota 35), p. 196 e seguinte.

⁶⁴ Art. 913 Abs. 1 Code civil.

Itália,⁶⁵ Portugal⁶⁶ e Uruguai.⁶⁷ A lógica de uma regulamentação desse tipo é imediatamente óbvia: quem não tem ou tem apenas alguns “concorrentes”, contenta-se razoavelmente com uma fatia menor do bolo.

Entretanto, além da complexidade crescente, as quotas variáveis também têm a consequência problemática de que os testadores com muitos filhos gozam de menos liberdade testamentária do que aqueles sem filhos crianças. Se olharmos então para o valor das quotas de participação, encontramos diferenças consideráveis. Sabemos que a lei alemã reserva metade do patrimônio para parentes próximos; o mesmo é verdade, por exemplo, na Áustria,⁶⁸ na Holanda⁶⁹ e no Brasil.⁷⁰ A questão, que não é de forma alguma meramente de técnica jurídica, é saber se essa metade diz respeito à herança ou à parte não testada (dt. *Intestaterbteil*).⁷¹

Deixar a um testador apenas metade de seus bens para dispor livremente pode parecer muito restritivo para um observador imparcial, mas em perspectiva comparativa, é mais provável que essa disposição esteja no final mais generoso da escala. Muitos sistemas jurídicos avançam para além dos 50 %, e em alguns casos até significativamente. Assim, por exemplo, o espanhol comum⁷² e o direito argentino⁷³ reservam dois terços da herança aos descendentes. A Suíça, supostamente um paraíso de livre desenvolvimento econômico e autonomia privada, aumentou até mesmo a cota para três quartos⁷⁴ e é, portanto, o «líder europeu». ⁷⁵ Finalmente, sistemas jurídicos como os do Paraguai e Bolívia seguem a antiga tradição espanhola até os dias de hoje

⁶⁵ Art. 537 Codice civile.

⁶⁶ Art. 2159 Abs. 2 port. Código civil.

⁶⁷ Veja-se Art. 887 Abs. 1 Uruguai. Código civil.

⁶⁸ § 759 ABGB

⁶⁹ Art. 4:64 Burgerlijk Wetboek.

⁷⁰ Art. 1846 Código civil.

⁷¹ Veja-se: *Muscheler* (Nota 52), nº marginal 4087; *Zimmermann* (Nota 11), p. 283-285.

⁷² Art. 808, parte 1, Código civil. Observe--se, entretanto, que um dos dois terços forma a «mejora». Sobre isso, abaixo: IV. 3.

⁷³ Art. 2446 Código civil y comercial

⁷⁴ Art. 471, n. 1, ZGB. Uma cota vinculada de três quartos também é encontrada, por exemplo, no Chile, veja-se *Schmidt* (Nota 35), p. 196. Deve-se observar, entretanto, que um quarto da cota comprometida constitui a “mejora”, ver abaixo IV. 3.

⁷⁵ *Breitschmid*, Bericht zu den Konturen eines „zeitgemäßen Erbrechts“ zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der „Motion Gutzwiller“ (10.3524 vom 17.06.2010), Sonderheft der Zeitschriften not@lex und successio: Zeitschrift für Erbrecht, 7 (Nr. 34).

e reservam quatro quintos da herança para os descendentes.⁷⁶ Há muito a sugerir que restrições tão severas criam incentivos para abstenção de fazer um testamento ou, pelo menos, de qualquer forma, para recorrer a meios de transferência de riqueza *post mortem* fora do âmbito do direito sucessório.⁷⁷

Há algum sistema legal que reconheça a participação obrigatória de descendentes abaixo do limite de 50% ou esse percentual representa o mínimo na comparação jurídica? Tanto quanto se pode ver, existem apenas três exceções: o direito húngaro priva de livre disposição apenas um terço da herança⁷⁸ e os direitos dinamarqueses e catalão contentam-se com até mesmo um quarto.⁷⁹

2. *Coexistência de uma participação baseada em valores e em uma parte da substância da herança*

O contraste entre a participação em termos de valor e a participação em termos de bens, como explicado acima, não deve levar à ideia de que os sistemas jurídicos podem sempre ser claramente atribuídos a um dos dois modelos.⁸⁰ Por exemplo, o direito comum espanhol e o direito do Chile tratam, por exemplo, os beneficiários obrigatórios como “herdeiros” (es. *herederos*). Entretanto, ambos os sistemas jurídicos permitem que o testador estabeleça a “*legítima*” na forma de uma doação ou de um legado. Mesmo que as respectivas normas não digam claramente isso, há consenso de que neste caso os beneficiários não se tornam herdeiros, ou seja, eles não pertencem aos sucessores universais.⁸¹

O caráter misto destas soluções torna-se claro se as confrontarmos com as soluções jurídicas que garantem aos parentes mais próximos parte dos bens.

O direito português, por exemplo, prevê o seguinte: no caso de a “*legítima*” ser atribuída em um legado, dá-se ao beneficiário o direito de renunciar

⁷⁶ Veja-se *Schmidt* (Nota 35), p. 196.

⁷⁷ Veja-se sobre a experiência sul-americana nesse âmbito: *Schmidt* (Nota 35), p. 189-190.

⁷⁸ *Vékás*, Compulsory Portion in Hungary, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (org.), *Comparative Succession Law*, V. III: Mandatory Family Protection, Oxford, 2020, p. 345, 359.

⁷⁹ Sobre o direito dinamarquês, veja-se *Frantzen*, Die Entwicklung des Erbrechts der skandinavischen Staaten, in: *Löhnig/Schwab* et al. (org.), *Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung*, Bielefeld, 2014, p. 67, 74. Para o direito catalão, veja-se: Art. 451-5 *Codi civil de Catalunya* e *Vaquero* (Nota 31), p. 111 e seguinte.

⁸⁰ Ver também sobre as “interjeições” correspondentes *Dutta* (Nota 4), p. 1831.

⁸¹ Para o direito espanhol, veja-se: *Cámara Lapuente*, Forced Heirship in Spain, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (org.), *Comparative Succession Law*, Vol. III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, 139, 151, 154 f. Para o direito chileno, veja-se *Schmidt* (Nota 35), p. 199.

ao legado e, em vez disso, reivindicar sua participação direta na herança.⁸² O testador está, em outras palavras, impedido de privar um “herdeiro legítimo” do status de herdeiro contra sua vontade.

3. *Aumento da liberdade de disposição em favor de certos grupos de pessoas: a quota de melhoria espanhola (es. mejora)*

A grande maioria dos sistemas jurídicos traçam uma linha clara entre a liberdade de disposição e o direito sucessório familiar: a parte disponível do patrimônio/herança é totalmente livre; a parte não disponível é completamente vinculada. Uma posição intermediária interessante entre a liberdade e a vinculação é o instituto espanhol da “mejora”, que é de origem visigótica e, portanto, tem idade respeitável.⁸³ A “mejora”, ou quota de melhoramento, refere-se a uma parte do patrimônio que não pode ser dada a pessoas de fora da família, mas que pode ser distribuída livremente entre certos parentes (tipicamente, os descendentes).

Do ponto de vista do testador, seu poder de disposição na “relação interna”, ou seja, em relação a seus parentes, é maior do que na “relação externa”, ou seja, em relação a terceiros. Isto lhe permite, por exemplo, favorecer um filho com necessidades especiais com a parte livremente disponível, limitando da parcela de seus irmãos. Fora da Espanha, onde a “mejora” corresponde a um terço da propriedade,⁸⁴ o instituto jurídico dificilmente é encontrado hoje em dia, mesmo que muitas vezes se encontre simpatizantes.⁸⁵ A maioria dos países da América Latina, por exemplo, abandonaram a “mejora”, que herdaram do colonialismo, mais tardar no século XX. Por um lado, a razão para isso parece ter sido o esforço de simplificação (em particular para simplificar o cálculo exato da “mejora”, que conduzia a um sem número de questões litigiosas); por outro lado, havia o desejo de dar e garantir aos descendentes a maior

⁸² Art. 2165 Código civil.

⁸³ *Cámara Lapuente* (Nota 81), p. 143-144.

⁸⁴ Art. 823 Código civil.

⁸⁵ Para comprovação na literatura alemã: *Otte*, Das Pflichtteilsrecht – Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik, AcP 202 (2002), p. 317, 355. Na literatura suíça: *Breitschmid*, Die Fortentwicklung des schweizerischen ZGB: Eigenständigkeit und Fremdeinflüsse, *RabelsZ* 72 (2008), p. 686, 713; do mesmo autor, Standort und Zukunft des Erbrechts, *successio – Zeitschrift für Erbrecht* 3 (2009), p. 176, 198; do mesmo autor, (nota 75) n. 30. Entretanto, a ideia inerente à “mejora” também pode ser encontrada do direito cantonal antes da criação do ZGB, ver *Zimmermann* (nota 31) 502. Durante a elaboração do BGB, *Otto von Gierke* havia proposto uma solução semelhante, ver *Muscheler* (nota 52) par. 4087.

igualdade de tratamento possível.⁸⁶ A “mejora” sobreviveu, no entanto, no Chile, onde representa um quarto, e como resultado da influência chilena, idêntico instituto é encontrado no Equador.⁸⁷

Surpreendente é a celebração de seu retorno na Argentina, onde havia sido abolido pelo Código Civil de 1869. O Código Civil e Comercial de 2014 agora permite que um testador dê um terço da “legítima”, ou seja, a parte vinculada da herança, a um descendente ou ascendente que sofre de deficiência. Esta restrição reflete a preocupação dos elaboradores da lei contra uma deficiência.⁸⁸ Esta restrição reflete a preocupação dos elaboradores da lei com a expansão excessiva da liberdade de fazer testamentos⁸⁹ (a regra acima mencionada foi acompanhada por uma redução na legítima dos descendentes de quatro quintos a dois terços).⁹⁰

A ideia da “mejora” é levada ao extremo onde cobre toda a parte vinculada da herança, ou seja, pode ser distribuída livremente dentro do grupo de pessoas envolvidas. Essa “legítima coletiva” pode ser encontrada nos sistemas jurídicos forais espanhóis de Aragão e do País Basco⁹¹ e também tem sido discutida na doutrina alemã.⁹²

4. *Limites máximos*

Pelo menos se a participação obrigatória no patrimônio for vista como tendo uma função de provisão (dt. *Vorsorgungsfunktion*), quotas fixas cotas fixas têm a desvantagem óbvia de, no caso de cotas elevadas, superarem de longe o propósito, no caso de altos valores patrimoniais. Garantir ao filho de um bilionário uma participação compulsória de nove dígitos parece, no mínimo, estranho.⁹³ Uma resposta interessante a este problema é oferecida por *Kappungsgrenzen* (pt. limites máximos), em que a lei norueguesa parece ter sido pioneira.

⁸⁶ Schmidt (Nota 35), p. 204-205.

⁸⁷ Schmidt (Nota 35), p. 205-206. Na Colômbia, por outro lado, a „mejora“ foi abolida em 2018.

⁸⁸ Art. 2448 Código civil y comercial.

⁸⁹ Veja-se: Schmidt (Nota 35), p. 206-208.

⁹⁰ Veja-se abaixo na nota 128.

⁹¹ Veja-se Dutta (Nota 4), p. 1834; Zimmermann (Nota 31), p. 531-532.

⁹² Veja-se Otte (Nota 85), p. 355-356, que livremente expressa ceticismo.

⁹³ Em comparação, Breitschmid, Fortentwicklung (Nota 85), p. 713.

Nesse país, a participação obrigatória das crianças tem sido limitada desde 1918 a um milhão de coroas,⁹⁴ ou seja, aproximadamente 100.000 euros. A designação da lei como “*lex Michelsen*”⁹⁵ fornece informações sobre sua origem: um norueguês muito rico com esse nome desejava por fim à pretensão de seus filhos a uma participação obrigatória de alto valor. Graças em parte a seus bons contatos como ex-primeiro-ministro, fez passar seu pedido pelo legislador.⁹⁶

Presumivelmente inspirada pelo país vizinho, a lei dinamarquesa também introduziu um limite máximo para a participação obrigatória de filhos na herança. Desde 2008, esse limite é de um milhão de coroas, observado ajuste para compensar a inflação (dt. *Inflationsausgleich*).⁹⁷

5. *Discricionariedade judicial no caso de participação flexível*

Vimos até agora as variações dentro dos ordenamentos jurídicos com participação em quotas rígidas. Passaremos as diferenças em sistemas jurídicos com participação flexível. Duas abordagens diferentes podem ser identificadas. A primeira, característica da lei da África do Sul e do Québec, bem como do México e dos estados da América Central, é a continuação das normas de manutenção durante a vida: pessoas cuja manutenção o falecido tinha que garantir em vida, receberão um crédito correspondente pretensão contra o espólio e, portanto, são tratadas estruturalmente da mesma forma que os outros credores do falecido. Essa manutenção pode ser concedida na forma de uma pensão ou de um pagamento único.⁹⁸

A segunda abordagem caracteriza a “*Family provision*” de países do *Common Law*. Aqui, a lei de sucessão prevê um direito independente do direito de família a uma parte do patrimônio. Em termos práticos, este conceito é expresso em um âmbito muito mais amplo de discricionariedade judicial em comparação com a primeira abordagem. Enquanto a tarefa de, por exemplo, um juiz mexicano é apenas para determinar a necessidade do filho de acordo

⁹⁴ Frantzen (Nota 79), p. 77.

⁹⁵ Veja-se Sedlmayr, Norwegen, in: Süß (org.), Erbrecht in Europa, 3.Ed., Bonn, 2015, n° marginal 48 (Nota 20).

⁹⁶ Sobre isso: Hambro, Limitations on the freedom of testation, in: Frantzen (org.), Inheritance Law – Challenges and Reform, Berlin 2013, p. 89, 91.

⁹⁷ Frantzen (Nota 79), p. 74.

⁹⁸ Sobre o direito do Québec: Popovici/Smith (Nota 42) p. 519, 524, 526; para o direito sul-africano: De Waal (Nota 42), p. 480-485; sobre o direito mexicano e países da América Central: Schmidt (Nota 35), p. 223-228.

com a sua necessidade e a capacidade do espólio para pagar, um juiz inglês deve responder à pergunta de que se o testador⁹⁹ fez uma “provisão financeira razoável” para o demandante, considerando uma série de critérios.¹⁰⁰ Em particular, esses incluem:

- o tamanho e a natureza dos bens do patrimônio/Herança (dt. *Nachlass*);
- as circunstâncias financeiras do demandante;
- as circunstâncias financeiras de outros candidatos;
- as circunstâncias financeiras de beneficiados em testamento; e
- qualquer outra circunstância considerada relevante pelo julgador, incluindo a conduta do demandante.¹⁰¹

O fato de haver critérios tão numerosos e indeterminados resulta numa imprevisibilidade de resultado dos casos individuais, como é o caso de *Ilott v The Blue Cross*, que foi até a Suprema Corte do Reino Unido em 2015,¹⁰² e atraiu considerável atenção tanto dentro, quanto fora do Reino Unido.¹⁰³ Os fatos do caso podem ser delineados da seguinte forma: A testadora, viúva, deixou todo seu patrimônio, de aproximadamente £500.000, para uma fundação beneficente, deixando sua filha, adulta e capaz, de mãos vazias. Mãe e filha tinham rompido relações há muitos anos, e a filha vivia com seu marido e seus cinco filhos, alguns dos quais ainda eram menores, em circunstâncias financeiras ‘*apertadas*’ (a família recebia benefícios sociais do Estado). O caminho que o pedido da filha para “Family Provision” tomou judicialmente foi como um passeio de montanha-russa: o *Discript Court* concedeu-lhe 50.000 libras, seguindo a tendência do passado recente, de assegurar a provisão a “*lame ducks*”, isto é, filhos maiores e com boa saúde, mas não totalmente “*aptos para a vida*”.¹⁰⁴ A *High Court*, por outro lado, não concedeu nada à

⁹⁹ A rigor, as disposições da “Family Provision” também se aplicam na ausência de um testamento e, portanto, de um ponto de vista funcional, também pertencem à área da sucessão legal. No presente caso, entretanto, interessa apenas o papel da “family provision” na sucessão testamentária.

¹⁰⁰ Mais em *Dutta* (Nota 4), p. 1833 f.

¹⁰¹ Veja-se: Section 3 (1) Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975.

¹⁰² *Ilott v The Blue Cross and others* [2017] UKSC 17.

¹⁰³ Para uma discussão aprofundada, veja *Sloan* (Nota 43), p. 301–322. Zum früheren Verfahrensstadium Cooke (Nota 43), p. 127-128, 135-137. De uma perspectiva continental *Bartolini/Patti*, The freedom to disinherit children, ZEuP, 2018, p. 428-445.

¹⁰⁴ Sobre isso *Dutta* (Nota 4), p. 1830; *Cooke* (Nota 38), p. 132–135; *Sloan* (Nota 43), p. 303-306.

filha, enquanto a *Court of Appeal* aumentou a quantia concedida para 163.000 libras. Finalmente, a *Supreme Court* manteve a decisão de primeira instância, para que a filha recebesse 50.000 libras.

A impressão de arbitrariedade não é, de forma alguma, enganosa. Como até o tribunal de mais alta hierarquia admitiu, na ausência de critérios legais claros, todos os resultados são compatíveis com as normas aplicáveis. O fato de que juristas ingleses chegaram a manifestar simpatia por quotas fixas diante dessas circunstâncias – embora não haja predileção particular pelo pensamento jurídico continental – destaca que as experiências com a *Family Provision* são extremamente mistas. Do ponto de vista dos testadores, há uma falta de segurança de planejamento, e os advogados advertem fortemente contra a deserção total de parentes próximos, pois isso levaria a um longo e custoso litígio, que poderia consumir todo o valor do patrimônio.¹⁰⁵

O desenvolvimento jurídico na Nova Zelândia, até certo ponto a pátria da *Family Provision*, é muito instrutivo.¹⁰⁶ De acordo com o regulamento original, os tribunais deveriam conceder às viúvas ou filhos carentes “provisão adequada para a manutenção e apoio adequados”. (“*adequate provision for the proper maintenance and support*”), ou seja, foi uma questão de puramente de assegurar subsistência.¹⁰⁷ Já em 1909, o *Court of Appeal* da Nova Zelândia associou a participação obrigatória a considerações morais, ao estabelecer o “*moral duty test*”: “é o dever do Tribunal, na medida do possível, se colocar, em todos os aspectos, na posição do testador, e considerar se, tendo em conta todos os fatos e circunstâncias existentes, ele foi culpado de uma violação manifesta de dever moral que um marido ou pai justo, mas não amoroso, deve para com sua esposa ou para com seus filhos, conforme o caso” (en. “*It is the duty of the Court, so far as possible, to place itself in all respects in the position of the testator, and to consider whether or not, having regard to all existing facts and surrounding circumstances, the testator has been guilty of a manifest breach of that moral duty which a just, but not a loving, husband or father owes towards his wife or towards his children, as the case may be*”).¹⁰⁸ A questão, portanto, não era mais o *que o requerente precisa para viver*, mas antes o *que seria justo o testador ter lhe deixado*.

Esta tendência foi posteriormente continuada e ampliada, com o resultado que, hoje em dia, mesmo filhos adultos e financeiramente independentes muitas

¹⁰⁵ Veja-se também *Dutta* (Nota 4), p. 1834.

¹⁰⁶ Veja-se acima em III. 2. b).

¹⁰⁷ Sobre isso *Peart/Vines* (Nota 41) p. 454-457, 463-470.

¹⁰⁸ *Allardice v Allardice* (1909) 29 *New Zealand Law Review* 959 (CA), p. 972-973.

vezes conseguem com sucesso, em juízo, participação na herança contra a vontade do testador. Tudo o que eles têm que fazer é convencer o tribunal de que o testador não lhes deu o devido reconhecimento no testamento. Como resultado, a liberdade de testar na Nova Zelândia, e de forma semelhante na Austrália, está agora severamente restringida, e os principais autores até se referem à “liberdade testamentária” como um mito.¹⁰⁹ Os testadores são aconselhados a não fazer “testamentos injustos”, mas eles não têm como saber, concretamente, onde ficam os limites. Os membros descontentes da família são encorajados a processar devido às boas perspectivas de sucesso, e os beneficiários frequentemente concordam com um acordo devido à incerteza jurídica.

Além dos problemas inerentes a uma abordagem flexível, o tratamento prático da “provisão familiar” em na Inglaterra e na Nova Zelândia também mostra porque a participação flexível e a orientada pela necessidade não devem ser equiparadas.¹¹⁰ Embora o objetivo de garantir um meio de vida (dt. *Unterhaltungssicherung*) tenha a origem na *Family Provision*, o instituto jurídico é agora também utilizado quase para impor ideias de representações de direito natural sobre a distribuição justa do patrimônio da herança. Se incluirmos o cônjuge sobrevivente na consideração, torna-se claro que, pelo menos com o “*Family Provision*” também persegue objetivos associados ao patrimônio conjugal/aqüestos, ou seja, para assegurar a correta divisão dos bens adquiridos durante o casamento.¹¹¹

6. *Combinação da participação conforme necessidade e da quota obrigatória*

Se considerarmos os respectivos pontos fracos da participação flexível e da baseada em cotas – rigidez e incerteza jurídica -, aproxima-se a ideia de combinar os dois modelos. Ou seja, com base na exigência de uma necessidade concreta, aloca-se uma cota fixa se esta condição for cumprida. Curiosamente, foram principalmente os países do bloco socialista do Leste, incluindo a RDA,¹¹² que implementaram tal sistema misto, retendo-o em muitos casos

¹⁰⁹ Peart/Vines (Nota 41), p. 475: „It is no overstatement to say that testamentary freedom is a myth in Australia and New Zealand“.

¹¹⁰ Compare acima em III. 2.

¹¹¹ Mais sobre „notional divorce“-Test, isto é, a aplicação de Preceitos jurídicos fundamentais do divórcio, em Dutta (Nota 4), p. 1830-1831.

¹¹² Sobre isso Otte (Nota 85), p. 331–333; Zimmermann (Nota 11), p. 294-295.

mesmo após a mudança do sistema.¹¹³ Cuba também aderiu a este modelo em 1987, depois de ter seguido a lei espanhola até então.¹¹⁴ No entanto, o estado americano da Louisiana, que também tem uma ordem “capitalista”, tem seguido a solução “socialista”¹¹⁵ e há propostas de reforma na América do Sul que apontam na mesma direção.¹¹⁶

Se o sistema misto reúne o melhor ou o pior dos dois mundos depende da perspectiva. Se olharmos para as incertezas acima mencionadas da “*Family Provision*” na avaliação da participação, o montante fixo pode parecer uma forma sensata de reduzir consideravelmente a incerteza jurídica. Ao mesmo tempo, naturalmente, a acusação de inconsistência é óbvia.¹¹⁷ Pois, se na primeira etapa é considerado um caso individual, surge a pergunta de por que, na segunda etapa, é feita a generalização e, portanto, se aceita que o beneficiário não recebe o que realmente precisa, mas mais ou menos o que é necessário.

V. Tendências gerais

Uma vez que as tendências de ordenamentos jurídicos sobre a participação obrigatória no patrimônio já foram expostas,¹¹⁸ vou me limitar aqui essencialmente a pontos-chave. Já foi mencionado a participação baseada em valores ao invés de participação baseada em bens.¹¹⁹ Há enormes vantagens práticas na participação obrigatória em dinheiro.¹²⁰ Em primeiro lugar, evita conflito na comunidade de herdeiros arbitrários testamentários (dt. *gewillkürten Erben*) e herdeiros legais/necessários (dt. *gesetzlichen Erben*)¹²¹ e, em segundo lugar, evita disputas sobre a quantidade de bens de cada participação.

Outra linha de desenvolvimento abrangente é o que às vezes é chamado de «horizontalização» da participação obrigatória no patrimônio, e que se

¹¹³ Veja-se *Zimmermann* (Nota 13), item I.

¹¹⁴ Veja-se *Schmidt* (Nota 35) p. 228-231.

¹¹⁵ Veja-se *Scalise*, *Family Provision* (Nota 25), p. 556-559.

¹¹⁶ Veja-se *Schmidt* (Nota 35), p. 221.

¹¹⁷ Veja-se *Zimmermann* (Nota 13), item I.3.

¹¹⁸ Veja-se especialmente *Kroppenberg* (Nota 56), p. 1158-1159; *Dutta* (Nota 4), p. 1831-1838; *Zimmermann* (Nota 31), p. 534-546.

¹¹⁹ Veja-se acima III. 3.

¹²⁰ *Zimmermann* (Nota 11), p. 283 cita *Heinrich Mitteis* neste contexto, que diz ter descrito a solução BGB como “pouco caridosa, mas prática”.

¹²¹ Essa vantagem é relativizada por *Breitschmid*, *Standort und Zukunft* (Nota 85), p. 200 e seguinte.

reflete na sucessão legal.¹²² Isto se refere, por um lado, ao fortalecimento dos direitos do cônjuge sobrevivente, às custas dos filhos, e, por outro, à inclusão de parceiros do mesmo sexo e parceiros não casados.¹²³ Estes últimos, é claro, ainda não desfrutam da participação obrigatória, mas há uma tendência inconfundível nesta direção.¹²⁴

Se, por um lado, o círculo dos legitimados é ampliado, por outro, é restringido, na medida em que a participação obrigatória dos ascendentes está claramente em retrocesso. De acordo com as recentes reformas França, Bélgica, Holanda e Áustria, por exemplo, os ascendentes não gozam mais proteção;¹²⁵ na Suíça, uma alteração correspondente é planejada.¹²⁶ Se esta tendência não contradiz realmente a desenvolvimento demográfico e o aumento dos custos dos cuidados, é questão a ser deixada de lado.

A restrição do círculo de beneficiários indiretamente significa uma expansão da liberdade testamentária, que se manifesta diretamente de pelo menos duas maneiras.¹²⁷ Assim, por um lado, há exemplos de pelo menos uma redução moderada da cota vinculada,¹²⁸ de outro, mais e mais países estão se abrindo à possibilidade de uma renúncia em vida à parte obrigatória

¹²² Sobre isso *Reid/De Waal/R. Zimmermann*, Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective, in: dos mesmos autores. (org.), *Comparative Succession Law*, V. II: Intestate Succession, Oxford, 2015, p. 442, 489–493; sobre os problemas associados com a preferência do cônjuge sobrevivente *J.P. Schmidt*, *Trying to Square the Circle: Comparative Remarks on the Rights of the Surviving Spouse on Intestacy*, *Edinburgh Law Review* 24 (2020), p. 123-131.

¹²³ *Kroppenberg* (Nota 56), p. 1158; *Dutta* (Nota 4), p. 1835-1837; *Zimmermann* (Nota 31), p. 538-541.

¹²⁴ Da Europa, as leis italianas, holandesas, portuguesas e austríacas são dignas de menção, veja as referências em *Zimmermann* (Nota 31), p. 540-541. Para exemplos da América do Sul, veja-se *Schmidt* (Nota 35), p. 195-196.

¹²⁵ Sobre isso *Zimmermann* (Nota 31), p. 538. Sobre a reforma holandesa: *Kolkman* (Nota 59), p. 36.

¹²⁶ Veja-se o Despacho do Conselho Federal sobre a Emenda do Código Civil Suíço de 29.8.2018, BBl 2018, 5813–5904 (no link: <https://perma.cc/838N-SR5T>), tópico 3.2.2. Nesse sentido também em *Breitschmid* (Nota 75), n° 33.

¹²⁷ Além das duas formas mencionadas no texto, os *topos* de autonomia privada estendida também podem incluir regulamentos que dão ao beneficiário a escolha entre duas variantes de participação. Sobre isso: *Dutta* (Nota 4), p. 1834.

¹²⁸ Este é o caso do direito da Holanda, onde desde a reforma de 2003, ao contrário da regra anterior baseada na lei francesa, metade do patrimônio é sempre disponível (ver *Kolkman*, nota 59, p. 32-38). Outro exemplo é a lei argentina, reformada em 2014, que agora concede aos descendentes apenas uma “legítima” de dois terços ao invés de quatro quintos (ver *Schmidt*, nota 35, p. 197). Na Suíça está prevista a redução da participação obrigatória dos descendentes de três quartos para a metade (ver a mensagem do Conselho Federal (nota 126) sob 3.2.3. Neste sentido também já *Breitschmid* (nota 75), n° 34.

indisponível. Tradicionalmente, apenas as codificações em língua alemã essa renúncia.¹²⁹

A última tendência global a referir é tentar esclarecer as razões para flexibilizar a perda da participação obrigatória.¹³⁰ Até agora, no entanto, tais esforços só encontraram expressão concreta em casos isolados. A jurisprudência espanhola, por exemplo, ampliou o conceito de “abuso físico” (es. *maltrato de obra*)¹³¹ para alcançar o abuso psicológico.¹³² Esta nova interpretação parece ser baseada em um modelo introduzido na legislação catalã em 2008, nomeadamente, a ausência óbvia e persistente de relação familiar entre o testador e o beneficiário da parte obrigatória, se este último for o único responsável por isso.¹³³ O instituto jurídico austríaco de redução da parte obrigatória (dt. *Pflichtteilsminderung*), introduzida já em 1989, permite resultados semelhantes.¹³⁴

VI. Experiência e Conclusão

Se a pesquisa de direito comparado permite uma conclusão, é que não existe uma única solução. Nenhum modelo está livre de fraquezas, e enquanto os juristas normalmente tendem a pensar que sua própria lei é superior,¹³⁵ na questão da participação obrigatória na herança, pensam muitas vezes que a grama do vizinho é a mais verde. É acima de tudo a extraordinária complexidade da matéria que torna improvável, se não ilusória, a busca por soluções simples e duradouras. [N]o conflito entre a liberdade testamentária e a parte obrigatória [da herança], há um conflito fundamental e duradouro a ser resolvido em cada ordem jurídica sucessória racional.¹³⁶

¹²⁹ Sobre isso *Braun*, Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy, ZEuP, 2012, p. 461; *Dutta* (Nota 4), p. 1834-1835; *Zimmermann* (Nota 31), p. 542-543.

¹³⁰ Para o direito alemão, veja-se a contribuição de *Herzog*, Die Entziehung des Pflichtteils, nesta edição, p. 49 e seguintes. Sobre a perspectiva suíça: *Breitschmid*, Standort und Zukunft (Nota 85), p. 198; do mesmo autor, Fortentwicklung (Nota 85), p. 713.

¹³¹ Art. 853, nº 2, Código civil

¹³² Veja-se *Zimmermann* (Nota 31), p. 529-530.

¹³³ Art. 415-17 katalan Codi civil

¹³⁴ § 776 Abs. 1 ABGB, antigo § 773a ABGB. Mais sobre isso em *Helms*, Testierfreiheit und ihre Grenzen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht, in: *Zimmermann* (org.), Freedom of Testation – Testierfreiheit, Tübingen, 2012, p. 1 e 16-17.

¹³⁵ Sobre este fenômeno do “orgulho nacional jurídico” *Zweigert/Kötz* (Nota 2), p. 14.

¹³⁶ *Muscheler* (Nota 3), nº marginal 427.

No entanto, não há razão para cair em tristeza ou letargia por causa disso, pois mesmo que o direito comparado não seja capaz de fornecer um modelo regulatório perfeito, oferece uma infinidade de *insights* valiosos.¹³⁷ O primeiro deles é que a liberdade testamentária ilimitada não pode ser sustentada a longo prazo, porque mais cedo ou mais tarde conduz a resultados intoleráveis. Isso pode ser visto pela primeira vez no direito romano. No decorrer do século XX, a história se repetiu na Inglaterra e em suas antigas colônias. Somente nos EUA a liberdade testamentária absoluta foi capaz de se manter até hoje, mas, como já foi demonstrado, a participação obrigatória de parentes próximos encontra, com alguns desvios, validade também nesse sistema.¹³⁸ Além disso, a liberdade de fazer um testamento não pode ser explicada de forma coerente. Por que não deveria uma pessoa que era capaz de exigir alimentos do testador durante sua vida perder seus direitos sem compensação na hipótese de sua morte, ao mesmo tempo em que outras pessoas recebem benefícios pecuniários gratuitos do patrimônio do falecido? E como explicar que um credor comum possua “seguro” contra a morte de seu devedor sob o direito sucessório, mas que outro que particularmente precisa de proteção, por outro lado, vá embora de mãos vazias? Em resumo, a eliminação, sem substituição, de um direito à alimentos/manutenção não é praticável, nem é legal e eticamente defensável.¹³⁹

Se se segue esta visão, então a questão crucial (dt. *Gretchenfrage*) é de que forma o direito à manutenção/alimentos deve ser assegurado: por determinação no caso individual ou sob a forma de uma quota? O fato de que o modelo de participação orientado pela necessidade atrai simpatia na Alemanha e em outros sistemas jurídicos com quotas rígidas já há algum tempo,¹⁴⁰ não é de modo algum surpreendente. Essa solução não só permite uma solidariedade direcionada em vez de uma generalização grosseira. Também impressiona a simplicidade de sua justificativa teórica: sendo a preocupação básica do

¹³⁷ Semelhante: Dutta (Nota 4), p. 1838.

¹³⁸ Veja-se acima III. 1.

¹³⁹ Se a liberdade irrestrita de fazer testamentos conseguiu sobreviver nos EUA até hoje, então a explicação pode ser vista acima de tudo no fato de que a grande maioria dos testadores deixa algo voluntariamente para seus filhos menores (ou de qualquer forma para os pais sobreviventes), veja-se Scalise, Family Provision (Nota 25), p. 535.

¹⁴⁰ Veja-se agora Zimmermann (Nota 31), p. 544–546, que também aponta para uma tendência correspondente no direito comparado. Para evidências mais antigas sobre a discussão alemã, ver Otte (nota 85), p. 317; ver também Dutta (nota 4), p. 1829; Zimmermann (nota 11), p. 299-301. Para vozes do direito holandês, ver Kolkman (nota 59), p. 33-35; Zimmermann (nota 31), p. 516. Da perspectiva espanhola, Cámara Lapuente (nota 81), p. 166. Para propostas de reforma correspondentes na América do Sul, ver Schmidt (nota 35), p. 221.

direito sucessório neutralizar os efeitos da morte uma pessoa sobre o tráfego jurídico,¹⁴¹ fazer os parentes próximos receberem exatamente o que eles o que eles tinham direito durante sua vida, nem mais nem menos, alcança esse fim. Uma participação mínima baseada nas necessidades não precisa ser justificada separadamente, mas resulta das escolhas fundamentais livres no âmbito do direito privado. Em contraste, a justificativa teórica de uma cota fixa é muito mais difícil.¹⁴² Em 2005, o Tribunal Constitucional Federal alemão (dt. *Bundesverfassungsgericht*), ao julgar uma participação obrigatória independente de necessidade (dt. *bedarfsunabhängige Teilhabe*) como abrigada no artigo 14 da Lei Fundamental,¹⁴³ argumentou, entre outras coisas, com a ideia de um patrimônio familiar (dt. *Familienvermögens*), mas assim agiu como se estivéssemos vinculados por toda a eternidade a conceitos jurídicos antigos.¹⁴⁴ No entanto, a experiência prática com a participação orientada pela necessidade, pelo menos se olharmos para o desenvolvimento na Inglaterra, Austrália e Nova Zelândia, não tem sido encorajadora. Em todos os três casos, a orientação original para a necessidade de manutenção/alimentos decorreu de considerações morais difusas, com o resultado de que hoje existe uma considerável confusão sobre os requisitos e o montante da participação.

Poder-se-ia tentar a responder à questão como um fervoroso defensor do comunismo, no sentido de que a ideia de participação orientada pela necessidade [de alimentos] ainda é correta e simplesmente precisa ser implementado de forma consistente. Entretanto, há muito a ser dito para a suposição de que os problemas mencionados são, em última análise, inerentes ao sistema, e que a participação orientada estritamente pela necessidade, mais cedo ou mais tarde, sempre encontra pressão para incorporar considerações gerais de equidade. Simplesmente recorrer ao direito à manutenção durante a vida de uma pessoa é, em uma inspeção mais detalhada, uma ilusão. Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que em uma disputa de herança, o credor de alimentos não confronta mais o devedor deles, mas apenas seu patrimônio impessoal do devedor.¹⁴⁵ Parece inevitável considerar que um

¹⁴¹ Para isso, em geral: *J.P. Schmidt*, *Transfer of Property on Death and Creditor Protection: The Meaning and Role of "Universal Succession"*, in: *Steven/Anderson/MacLeod* (org.), *Nothing so Practical as a Good Theory: Festschrift for George L. Gretton*, Edinburgh, 2017, p. 323, 327-328.

¹⁴² Veja-se também *Muscheler* (Nota 3), nº marginal 425: *Die Vertreter des Quotenpflichtteils tragen die Begründungs- und Beweislast.*

¹⁴³ BVerfGE 112, p. 332-363.

¹⁴⁴ Para críticas aplicáveis com outras referências, ver *Zimmermann* (Nota 11), p. 298-299.

¹⁴⁵ O que isto significa não é que o patrimônio tenha necessariamente personalidade jurídica, mas que a pretensão é dirigida contra a herança como uma massa de responsabilidade.

tribunal nesta situação será mais receptivo aos desejos do sobrevivente do que às preocupações do falecido/testador percebido como frio e egocêntrico. Em segundo lugar, conduz a oposições estruturais entre prestação de alimentos e direito das sucessões durante a vida e o direito das sucessões: com a morte do testador, seu potencial de ganho também cessa: a situação nunca é idêntica. Além disso, as normas relativas à prestação de alimentos têm a ver com a manutenção contínua e relações mutáveis, enquanto o direito das sucessões objetiva por um traço final no direito patrimonial da vida de uma pessoa.¹⁴⁶ Este objetivo não é compatível com uma prestação de alimentos permanente, o que então também daria origem a problemas de responsabilidade civil.¹⁴⁷ Se, no entanto, a manutenção for concedida sob a forma de reserva de capital, deve ser estabelecida uma data limite, o que cria o risco de soluções tudo-ou-nada insatisfatórias.¹⁴⁸

Com estas considerações, o último bastião da participação orientada pela necessidade ainda não se foi. As experiências do Québec, África do Sul, o México e os Estados da América Central, por exemplo, também devem ser levados em conta, embora haja poucas informações detalhadas disponíveis.¹⁴⁹ Deve ser salientado, como faz *Gerhard Otte*, que os defensores de uma participação orientada pela necessidade estão facilitando demais para si mesmos ao permanecerem no nível abstrato e não abordando as difíceis questões de implementação.¹⁵⁰ Além disso, deve ser observado que a participação em quotas flexíveis não é, de qualquer forma, evidentemente superior. Apesar de sua base teórica instável, a participação em cotas tem dois grandes pontos fortes: praticabilidade (dt. *Praktikabilität*) e segurança jurídica (dt. *Rechtssicherheit*). A limitação para baixo e para cima evita disputas de herança¹⁵¹

¹⁴⁶ Mais sobre esse *Topos Schmidt* (Nota 5) sobre § 1 F.I e III.1.

¹⁴⁷ Pode-se objetar a isso, aduzindo-se que o direito alemão, no § 1586b BGB, já prevê pretensão de manutenção pós-matrimonial e que isso obviamente não dá origem a nenhum problema prático sério (para mais detalhes, ver *Muscheler* (nota 3), parágrafos 1529-1539. Entretanto, também deve ser observado que os pedidos de alimentos das crianças muitas vezes duram um período de tempo mais longo e teriam um escopo significativamente maior (palavra-chave: custos educacionais).

¹⁴⁸ O direito da RDA a uma parte obrigatória foi criticado precisamente por este motivo. Veja-se: *Otte* (Nota 85), p. 349.

¹⁴⁹ Para o Québec e África do Sul, vejam-se as referências na nota 96. Para México e países da América Central, *Schmidt* (Nota 35), p. 225-226.

¹⁵⁰ *Otte* (Nota 85), p. 349.

¹⁵¹ Isso se refere principalmente às disputas que a participação flexível promove. Entretanto, como a comparação com os EUA deixa claro (ver III.1. acima), uma cota também alivia as instituições da incapacidade testamentária, da contrariedade aos costumes e da anulação do testamento. No entanto, *Muscheler* (nota 3), nº marginal 446, contesta que isto possa ser usado para justificar a cota obrigatória.

e proporciona ao testador segurança no planejamento. *Peter Breitschmid* formulou isso vividamente com seguintes as palavras: “na ‘*família briguenta média*’, o direito a uma participação obrigatória tem um efeito considerável de atenuação de conflitos; em caso de requisitos rigorosos para deserdação, (quase) todos recebem sua porção mínima e se esgueiram sem nenhuma palavra. Esse pode não ser o mais elevado dos sentimentos, mas é uma forma pragmática de lidar com as constelações do dia-a-dia”.^{NT,152} Na minha visão, esta função pacificadora da participação em cotas é bastante adequada para compensar sua fraqueza de fundamento teórico-jurídico.

Para uma avaliação geral, a questão seguinte de relevância é de como deve ser a projetada a participação em quotas. A atual lei alemã funciona muito bem numa comparação internacional e, em retrospectiva, prova que muitas das decisões do legislador da BGB são revolucionárias. Isto vale em particular à limitação da parte obrigatória à metade do patrimônio/herança (dt. *Nachlass*), ao modelo de participação obrigatória como participação em valor e não em bens, à inclusão do cônjuge sobrevivente e à possibilidade de renúncia à parte obrigatória. A lei alemã foi até pioneira em afastar a parte obrigatória de ascendentes, incluindo apenas os pais do falecido, sendo que o próprio legislador encarregado do direito sucessório, *Gottfried von Schmitt*, havia querido excluí-los.¹⁵³ Se há boas razões para não querer dar o salto em direção a uma participação orientada pela necessidade, há apenas alguns parafusos que poderiam ser girados para otimizar a lei alemã sobre a participação obrigatória. Uma possibilidade seria reduzir a porção obrigatória para um terço ou um quarto do valor do patrimônio/herança, seguindo o modelo da Hungria, Catalunha e Dinamarca.¹⁵⁴ E ainda uma intervenção mais suave seria a introdução de limites máximos, como no modelo norueguês.¹⁵⁵ Além disso, poder-se-ia expandir as razões para afastar a participação obrigatória,

^{NT} No original: „in der, durchschnittlich zerstrittenen Familie’ dem Pflichtteilsrecht beträchtliche konflikt-minimierende Wirkung zukommt; bei strengen Enterbungsvoraussetzungen bekommen (fast) alle ihre Minimalration und schleichen sich wortlos davon. Das ist zwar nicht das höchste aller Gefühle, aber eine pragmatische Bewältigung der alltäglichen Konstellationen“.

¹⁵² *Breitschmid* (Nota 85), p. 713.

¹⁵³ O desconforto de *Gottfried von Schmitt* com a parte obrigatória para os pais, mas não para os irmãos, foi baseado nas tensões resultantes com o sistema parental na sucessão legal. Sobre isso, veja-se *Zimmermann* (nota 11), p. 11. Os sistemas legais que determinam a sucessão legal de acordo com o sistema de três linhas não têm esse problema porque, de qualquer forma, dão prioridade aos ascendentes sobre os parentes colaterais. Veja-se *Schmidt* (Nota 35), p. 191-192.

¹⁵⁴ Veja-se acima: IV. 1.

¹⁵⁵ A simpatia por um tal “teto” também é expressa por *Breitschmid* (Nota 75), nº. 19, p. 31.

embora a experiência estrangeira com formulações amplas sugira cautela.¹⁵⁶ Finalmente, valeria a pena considerar a eliminação do último remanescente da porção obrigatória do ascendente.

A conclusão final é que, embora seja compreensível que a lei alemã sobre participação obrigatória seja às vezes uma dor de estômago ou mesmo percebida como um incômodo, deve-se, no entanto, em primeiro lugar, também apreciar as vantagens consideráveis dessa regulamentação e, em segundo lugar, não se deve ter a ilusão de que uma solução melhor seria facilmente encontrada.

¹⁵⁶ A deserção por falta de uma relação de proximidade, que foi introduzida na legislação catalã em 2008, (ver nota 133, acima), é vista de forma bastante crítica devido à incerteza jurídica associada a ela. Veja-se: *Zimmermann* (Nota 28), p. 533.

Lições a partir da nova codificação do direito privado brasileiro^{*,NT}

Jan Peter Schmidt^{**}

*Tradução de Lisiane Feiten Wingert Ody^{***}*

Sumário: I. Codificação do direito civil na Europa e América Latina. II. Questões fundamentais da renovação do Código Civil. III. A abordagem do legislador brasileiro. 1. A decisão por uma nova codificação. a) Os argumentos da comissão brasileira incumbida do projeto de reforma. b) Conclusão. 2. A decisão de reformar “de uma só vez”. a) O curso do processo legislativo. b) Conclusão. IV. O âmbito de regulamentação do novo Código Civil brasileiro. 1. A fusão legislativa do direito civil e comercial. a) Desenvolvimento histórico no Brasil. b) Implementação em detalhes. c) As tendências internacionais. d) Razões a favor e contra a solução de unificação. e) Conclusão. 2. A regulamentação legal especial da lei de proteção ao consumidor. a) O surgimento da lei brasileira de proteção do consumidor. b) Características e âmbito de aplicação da Lei de Proteção ao Consumidor. c) Vantagens e desvantagens de uma lei de proteção ao consumidor autônoma. aa) Considerações sistemáticas. bb) Considerações práticas. d) Conclusão.

^{*} Artigo originalmente publicado na obra em homenagem a *Valtazar Bogišić*, pelo centenário de sua morte, sob organização de *Luka Breneselović*, Belgrado, 2011.

^{NT} Foram mantidas as referências em padrão alemão, sem transpô-las ao da ABNT, realizando apenas ajustes indispensáveis, para fins de facilitar o acesso à literatura. A tradutora agradece a leitura atenta da versão inicial por *Roxanne Albanus* e suas sugestões.

^{**} Priv.-Doz. Dr. Jan Peter Schmidt é Chefe do Centro de Competência para a Aplicação do Direito Estrangeiro do Instituto Max-Planck para direito privado estrangeiro e internacional de Hamburgo, Alemanha.

^{***} Dr^a Ms. Lisiane Feiten Wingert Ody é professora associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, Brasil.

I. Codificação do direito civil na Europa e América Latina

Apesar de nas décadas de 1960 e 1970 o declínio dos códigos ter sido frequentemente prenunciado,¹ a ideia de codificação tem experimentado um notável *comeback* desde o início dos anos 1990. Nos países da Europa Central e Oriental, em particular, teve lugar uma “onda codificatória”² após a queda da Cortina de Ferro.³ Mais recentemente, Hungria⁴ e Romênia⁵ aprovaram novos códigos civis, enquanto países como a Polónia,⁶ Eslováquia⁷ e República Tcheca⁸ têm esses projetos ainda em andamento. Entretanto, também na Europa Ocidental houve engajamento com a ideia de codificação durante as duas últimas décadas. Os exemplos mais importantes são o novo código civil holandês (nl. *Burgerlijk Wetboek*, abrev. *BW*), cujas partes mais importantes entraram em vigor em 1992,⁹ e a modernização do direito alemão das obri-

¹ Sobre o fenômeno da “descodificação” e sua relação com a diagnosticada “crise da ideia de codificação”, veja-se *Natalino Irti*, *L'eta della decodificazione* (4ª Ed., 1999) e também *Franz Wieacker*, *Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee*, in: *Festschrift für Gustav Boehmer* (1954), p. 34, 47 e seguintes.

² Sobre a divisão da história da codificação em diferentes ondas: *Konrad Zweigert/Hans Jürgen Puttfarcken*, *Allgemeines und Besonderes zur Kodifikation*, in: *Ronald H. Graveson* (org.), *Festschrift für Imre Zajtay* (1982), p. 569, 571 e seguintes; *Franz Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2ª ed., 1967), p. 322 e seguintes.

³ Para uma visão geral das reformas nos Estados da Europa Central e Oriental, veja-se: *Lajos Vékás*, *Integration des östlichen Mitteleuropa im Wege rechtsvergleichender Zivilrechtserneuerung*, *ZEuP* 2004, p. 454-476; para os países da CEI, veja-se visão geral em *Marina S. Korableva*, *A Comparative Study of the Protection of Civil Rights: The Civil Codes of CIS Countries*, *Review of Central and East European Law* 28 (2003), p. 167-182.

⁴ O Código já foi adotado, mas sua data de entrada em vigor ainda não é clara. Veja-se: *Herbert Küpper*, *Ungarn: Verbraucherschutz für Kleinunternehmen im neuen ungarischen BGB*, *Zeitschrift für Wirtschaft und Recht in Osteuropa (WiRO)* 2010, p. 336-337.

⁵ *Christian Alunaru*, *Zum neuen Rumänischen Zivilgesetzbuch – Vertragsrechtlicher Teil*, *European Review of Contract Law (ERCL)* 2010, p. 197 e seguintes.

⁶ *Jerzy Pisuliński*, *Die Evolution des polnischen Vertragsrechts. Aktuelle Lage und Zukunft*, *ERCL* 2010, p. 319, 335-336.

⁷ *Ján Lazar*, *Kodifikation und Europäisierung des slowakischen Privatrechts*, in: *Constanze Fischer-Czermak / Gerhard Hopf / Martin Schauer* (org.), *Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend* (2003), p. 229 e seguintes.

⁸ *Markéta Selucká*, *Civil Law in the Czech Republic: The Draft Version of the Civil Code and Consumer Protection*, *European Review of Private Law (ERPL)*, 2010, p. 155 e seguintes.

⁹ Sobre a gênese e o conteúdo do novo Código Civil holandês: *Dik van Dijk*, *Der politische Werdegang des Niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches 1992*, in: *Franz Bydlinski / Theo Mayer-Maly / Johannes W. Pichler* (org.), *Renaissance der Idee der Kodifikation. Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch 1992* (1991), p. 23 e seguintes.

gações (dt. *Schuldrechtsmodernisierung*), em 2002.¹⁰ Atualmente, estão sendo feitos esforços para reestruturar fundamentalmente o direito das obrigações na França^{11,NT} e na Espanha.¹² Finalmente, a ideia de criar uma codificação de propriedade ou mesmo um código civil europeu deve ser mencionada.¹³ Esta breve visão geral já mostra que nos países da Europa continental a codificação continua a ser um meio comprovado de facilitar o acesso ao direito e de assegurar seu tratamento sistemático.¹⁴

Os países da América Latina também pertencem à tradição jurídica europeia continental¹⁵ e a ideia de codificação também está muito viva entre eles. O Brasil foi o último deles a aprovar seu primeiro Código Civil (CC), fazendo-o em 1916,¹⁶ e seu segundo Código Civil, aprovado em 2002, é também a codificação mais jovem do continente.

Existem conexões entre a *Valtazar Bogišić* e o direito brasileiro. Embora este autor não tenha sido capaz de verificar se entre os códigos latino-americanos enviados para *Bogišić*¹⁷ teriam sido incluídos também os esboços e

¹⁰ Sobre isso: *Reinhard Zimmermann*, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives* (2005), p. 30 e seguintes.

¹¹ Sobre o reprovado *avant-projet Catala* e os rascunhos subsequentes, veja-se: *Stefan Vogenauer*, *Présentation de l'avant-projet*, in: *John Cartwright / Stefan Vogenauer / Simon Whittaker* (org.), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (2010), p. 17 e seguintes.

^{NT} A reforma do direito das obrigações francês se confirmou em 2016, cf. *L'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016*.

¹² Veja-se o esboço espanhol para um novo direito das obrigações em: *Ministerio de Justicia* (org.), *Boletín de Información* 58, janeiro de 2009.

¹³ Sobre isso: *Martin Schmidt-Kessel*, *Europäisches Zivilgesetzbuch*, in: *Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann* (org.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (2009), p. 551–555.

¹⁴ *Jürgen Basedow*, *Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex*, *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP) 200 (2000), p. 445, 472; *Rodolfo Sacco*, *Codificare: modo superato di legiferare?*, *Rivista di Diritto Civile* 1983, Parte 1, p. 117 e 121 e seguintes; *Karsten Schmidt*, *Die Zukunft der Kodifikationsidee. Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts* (1985), p. 12 e seguintes; *Bruno Oppetit*, *Essai sur la codification* (1998), p. 67 e seguintes; *Reinhard Zimmermann*, *Codification: History and Present Significance of an Idea*, *ERPL* 1995, p. 95 e 105 e seguintes.

¹⁵ *Eugen Bucher*, *Zu Europa gehört auch Lateinamerika!*, *ZEuP* 2004, p. 515 e seguintes.

¹⁶ Sobre a gênese e o conteúdo: *Jan Peter Schmidt*, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive* (2009), p. 43 e seguintes; para outros códigos civil latino-americanos *Thilo Scholl*, *Die Rezeption des kontinentaleuropäischen Privatrechts in Lateinamerika am Beispiel der allgemeinen Vertragslehre in Costa Rica* (1999), p. 34 e seguintes.

¹⁷ Veja-se menção geral em: *Valtazar Bogišić*, *A propos du Code civil du Monténégro (quelques mots sur les principes et la méthode adoptés pour sa confection)*, *Bulletin de la Société de Législation Comparée* 17 (1888), p. 483 e 496.

projetos brasileiros da época,¹⁸ é certo, porém, por outro lado, que o Código Montenegrino foi conhecido por *Clóvis Beviláqua*, jurista encarregado do projeto de Código Civil brasileiro de 1916, que o teve como fonte de inspiração.¹⁹

II. Questões fundamentais da renovação do Código Civil

Um legislador que procura reformar o Código Civil deve, independentemente de questões de conteúdo e peculiaridades específicas de cada país, sempre responder a um certo cânone de perguntas técnicas e estruturais básicas, que incluem:

- (1) A abordagem. Deve o código existente ser meramente reformado ou ser substituído por um novo? E caso todo o direito civil seja modernizado, isso deve ser feito de uma só vez ou é aconselhável proceder em etapas?
- (2) O âmbito de regulamentação do Código. Quais matérias devem ser incluídas na codificação e quais devem ser excluídas dela?
- (3) A sistemática do Código, ou seja, a ordem dos assuntos selecionados. Certas lições gerais devem ser “destacadas” e colocadas em uma “Parte Geral”? Os assuntos devem ser organizados de acordo com aspectos técnicos-jurídicos ou de acordo com aspectos funcionais?
- (4) A densidade reguladora da codificação. Quanta discricionariedade deve ser concedida aos tribunais^{NT}, seja por meio de lacunas deliberadas ou pelo uso de termos de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais?

Em vista da universalidade destas questões, todo legislador reformador é aconselhado a aprender a partir das experiências de outros sistemas jurídicos por meio de uma análise de direito comparado. Como será mostrado a seguir, o surgimento do novo Código Civil brasileiro fornece amplo material

¹⁸ Como já mencionado, o Brasil só pôde adotar seu primeiro código civil em 1916. Com relação aos vários rascunhos e à obra próxima de codificação “Consolidação das Leis Civis” no século XIX, veja-se: *Schmidt* (Nota 16), p. 27 e seguintes.

¹⁹ Isso emerge das notas comparativas de *Beviláqua* sobre o Código Civil de 1916. Veja-se: *Clovis Beviláqua*, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* (Edição Histórica, 1958).

^{NT} O termo “tribunais” (dt. *Gerichte*) não se limita a tribunais de segunda instância ou superiores, mas é empregado com sinônimo de “poder judiciário”.

ilustrativo neste contexto. Por razões de espaço, entretanto, a análise deve ser limitada aos pontos (1) e (2).²⁰

III. A abordagem do legislador brasileiro

1. *A decisão por uma nova codificação*

Do ponto de vista da economia legislativa, a reforma de um código existente merece, basicamente, preferência sobre a criação de um novo código. Não só os custos de conversão são maiores para a comunidade jurídica no segundo caso, mas também há o risco de uma ruptura com a Tradição e a perda de conquistas valiosas na doutrina e jurisprudência. Assim, é a decisão de recodificar que requer justificação jurídica.

a) Os argumentos da comissão brasileira incumbida do projeto de reforma

A comissão criada no final da década de 1960 pelo governo brasileiro para reformar o direito civil²¹ tomou a decisão, logo depois de ter iniciado seus trabalhos, de não apenas reformar o código existente, mas de substituí-lo por completo. Ela ofereceu duas razões principais para essa decisão: por um lado, o código existente não refletia mais as relações sociais contemporâneas e, por outro lado, o novo código deveria ser baseado em outros princípios jurídicos.

Esse argumento inicialmente parece convincente e raramente foi questionado nos círculos brasileiros. No entanto, não resiste a um exame mais detalhado. De acordo com a lógica da comissão, França, Áustria e Alemanha, por exemplo, deveriam ter substituído seus códigos civis por novos códigos há muito tempo. Afinal de contas, as sociedades regidas por esses códigos hoje têm pouco em comum com as sociedades para as quais eles foram elaborados.²² A Alemanha, em particular, passou por transformações quase

²⁰ Para uma discussão de direito comparado dos aspectos (3) e (4), veja-se: *Schmidt* (Nota 16), p. 299 e seguintes e 389 e seguintes.

²¹ Sobre as circunstâncias mais detalhadas: *Schmidt* (Nota 16), p. 66 e seguintes.

²² Isso também tem sido apontado esporadicamente no Brasil, veja-se, por exemplo: *José Paulo Cavalcânti*, *Revista Forense* 287 (1984), p. 49 e seguintes.

inimagináveis durante o século XX.²³ No entanto, ninguém gostaria de abolir o Código Civil com o argumento de que ele foi elaborado sob circunstâncias diferentes daquelas que prevalecem atualmente. O mesmo se aplica ao Código Civil francês (fr. *Code Civil*), com mais de 200 anos de vigência, e ao quase igualmente antigo Código Civil Austríaco (abrev. ABGB). Ambos desfrutaram do melhor da saúde,²⁴ tendo o ABGB “sobrevivido até a sua pátria”.²⁵ Essencial para a preservação da vitalidade dos três códigos têm sido pequenas ou grandes reformas legislativas,²⁶ bem como o constante desenvolvimento do direito pela jurisprudência²⁷ e pela doutrina.²⁸

Isso deixa o argumento de princípios básicos alterados para ser examinado. De fato, uma nova codificação parece sempre inevitável quando os princípios ideológicos subjacentes ao Código Civil tiverem sido completamente alterados. Este foi o caso, por exemplo, com a transição de uma economia planejada para uma economia de mercado nos Estados pós-socialistas, necessariamente acompanhada do reconhecimento da liberdade de propriedade e da autonomia privada.²⁹ No Brasil, no entanto, uma mudança política tão radical nunca ocorreu. O novo código, como o antigo, se baseia nos princípios

²³ Compare: *Reinhard Zimmermann*, vor § 1, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, hg. v. *Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann*, vol. I: Allgemeiner Teil, §§ 1–240 (2003), n° marginal 18; *Helmut Coing*, *Erfahrungen mit einer bürgerlich-rechtlichen Kodifikation in Deutschland*, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss)* 1982, p. 1 e 5-6.

²⁴ *Zimmermann*, ERPL 1995, 108 f.; *Kurt Siehr*, *The Draft Civil Code for Israel: Closing Remarks*, in: *Kurt Siehr/Reinhard Zimmermann* (org.), *The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective* (2008), p. 237 e 241.

²⁵ *Andreas B. Schwarz*, *Die Lebenskraft der Zivilgesetzbücher und ihre Revision*, in: *Hans Thieme/Franz Wieacker* (org.), *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung von Andreas B. Schwarz* (1960), p. 161, 177. *Zur Lebens- und Wandlungsfähigkeit des noch vergleichsweise jungen italienischen Codice civile* (1942) *Francesco D. Busnelli*, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale* (1983), p. 16 e seguintes.

²⁶ Por exemplo, a revisão da ABGB, iniciada no início do século XX e concluída em 1916 (sobre isso: *Barbara Dölemeyer*, *Die Teilnovellen zum ABGB*, in: *Herbert Hofmeister* (org.), *Kodifikation als Mittel der Politik: Vorträge und Diskussionsbeiträge über die deutsche, schweizerische und österreichische Kodifikationsbewegung um 1900* (1986), p. 49 e seguintes.) ou a reforma alemã do direito das obrigações. Na França, uma grande reforma sistemática do Código Civil nunca foi realizada, mas foram feitas numerosas reformas ocasionais, especialmente em direito de família. Veja-se: *Schwarz* (Nota 25), p. 166-167.

²⁷ Na França, o ‘direito dos juízes’ se tornou tão importante em algumas áreas que o direito escrito praticamente deixou de ter um papel, veja-se acima. *Schwarz* (Nota 25), 167; *André Tunc*, *Codification: The French Experience*, in: *Samuel J. Stoljar* (org.), *Problems of Codification* (1977), p. 63, 68 e seguintes.

²⁸ Sobre o desenvolvimento do direito civil pela ciência e pelos tribunais na Alemanha no século XX: *Zimmermann* (Nota 23), n° marginal 22 e seguintes; *Coing*, *ZVglRWiss* 81 (1982), p. 3 e seguintes e p. 9 e seguintes.

²⁹ Aqui, sobre o exemplo da República Tcheca: *Zimmermann*, ERPL 1995, p. 112.

da liberdade de propriedade, da autonomia privada e da igualdade formal de todos os sujeitos de direito, valores que também estão consagrados na Constituição brasileira de 1988.³⁰ Assim, essa justificativa dada para a substituição do antigo código também não é válida.

Finalmente, uma nova codificação pode ser considerada onde o código era essencialmente uma cópia de um modelo estrangeiro e um novo deveria estar mais fortemente comprometido com a própria tradição legal do país. Na maioria dos casos, isso também envolve uma reorganização fundamental das matérias. Exemplos disso são as experiências na Holanda, Itália, Portugal e Paraguai. O Código holandês *BW*, de 1838, o *Codice Civile* italiano de 1865 e o Código Civil português de 1867 tinham todos tomado emprestado em grande parte o *Code Civil*. O primeiro código civil do Paraguai de 1876 era uma cópia do Código Civil argentino de 1869.³¹ Em contraste, o Código Civil italiano de 1942, o Código Civil português de 1966, o *BW* holandês de 1992³² e o Código Civil do Paraguai de 1985³³ são codificações claramente mais independentes, sendo que nos três primeiros também houve um afastamento radical do arranjo anterior das matérias.³⁴ Em todos os casos, portanto, confirma-se a máxima de que “os códigos que não cresceram a partir da história jurídica do país não têm a mesma vitalidade”.³⁵ Esse foi o caso no Brasil, mas ao contrário. O Código Civil de 1916 foi uma conquista de codificação por direito próprio e que não poderia ser acusada de negar sua própria tradição jurídica.³⁶ O novo código civil também não tinha a intenção de reorganizar

³⁰ *Schmidt* (Nota 16), p. 477.

³¹ Esta foi uma consequência da desastrosa derrota do Paraguai na Guerra contra a Tríplice Aliança constituída pela Argentina, Brasil e Uruguai (1865-1870). Veja-se: *Alejandro Guzmán Brito*, *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (2000), p. 455 e seguintes.

³² Mais sobre a história da codificação nos países mencionados acima em: *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts* (3ª ed., 1996), p. 100-101 (Holanda), p. 102 e seguintes (Itália), p. 106-107 (Portugal). Sobre a reforma italiana, veja-se ainda: *Schwarz* (Nota 25), p. 173.

³³ *Guzmán Brito* (Nota 31), p. 526 e seguintes.

³⁴ O Código Civil do Paraguai, por outro lado, permaneceu em grande parte fiel à estrutura de seu predecessor, cf. *Scholl* (Nota 16), p. 61.

³⁵ *Schwarz* (Nota 25), p. 172.

³⁶ *Schmidt* (Nota 16), p. 48 e seguintes.

as matérias, pois a comissão deliberadamente manteve a sistemática do CC de 1916 e quis apenas acrescentar outro livro.³⁷

b) Conclusão

Os argumentos apresentados a favor da substituição do primeiro código civil brasileiro não são convincentes. Ao contrário, os membros da comissão pareciam ser movidos sobretudo pelo desejo de entrar para a história como autores de um novo código civil.³⁸ Na América Latina, o aparente abandono arbitrário de um código civil pela criação de um novo código novo não é, infelizmente, um fenômeno raro. Em 1984, o Peru, por exemplo, já tinha sua terceira codificação civil após 1852 e 1936.³⁹ Em grande medida, somente permanece inquestionável o Código Civil chileno (1855) que, com pequenos desvios, também foi adotado pela Colômbia, pela Venezuela, pelo Equador, por Honduras e por El Salvador.⁴⁰

Ao mesmo tempo, deve-se constatar que, sob certas circunstâncias, a substituição de um código civil pode perfeitamente ser justificada. Isso se aplica, por um lado, na mudança fundamental na ideologia subjacente a um código e, em segundo lugar, para uma reorganização completa do sistema jurídico.

2. A decisão de reformar “de uma só vez”

Desde o início, o legislador brasileiro visou a uma reforma geral do direito civil brasileiro. Uma abordagem em sucessivas reformas parciais, como, por exemplo, primeiro os legisladores holandeses,⁴¹ e mais tarde, os estonianos e eslovenos⁴² optaram, nunca foi considerada.

³⁷ O CC de 1916 foi estruturado de acordo com o sistema da pandectística, ou seja, continha uma Parte Geral e os quatro livros de Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito Sucessório (nessa ordem). No novo CC, o direito de Família e o das Obrigações trocaram de lugar, e entre o direito das Obrigações e o Direito das Coisas existe agora o Direito Empresarial. Mais informações em: *Schmidt* (Nota 16), p. 299 e seguintes.

³⁸ Assim explicita também *Cavalcânti*, RF 287 (1984), p. 53.

³⁹ Sobre a história da codificação: *Perus Leysser L. León*, *El sentido de la codificación civil* (2004), 62 e seguintes; para outras codificações latino-americanas do século XX, veja-se panorama em: *Scholl* (Nota 16), p. 62 e seguintes.

⁴⁰ Sobre a difusão do Código Civil chileno: *Guzmán Brito* (Nota 31), p. 374 e seguintes.

⁴¹ Sobre isso: *Schmidt* (Nota 16), p. 86.

⁴² *Lajos Vékás*, *Über die Expertenvorlage eines neuen Zivilgesetzbuches für Ungarn*, *ZeUP*, 2009, p. 536 e 538-539.

a) O curso do processo legislativo

A desvantagem da abordagem escolhida tornou-se evidente com toda a clareza, pois, devido a seu escopo, o projeto de lei apresentado ao Congresso brasileiro em 1975 só pôde ser aprovado após 27 (!) anos de processo legislativo parlamentar. Com uma abordagem por etapas, partes individuais poderiam ter entrado em vigor muito mais cedo. Assim o projeto foi atrasado no final dos anos 1970, principalmente por reformas no direito de família: uma emenda constitucional havia tornado possível o divórcio, que pouco tempo depois também foi regulamentado por lei especial.⁴³ Esta etapa teve consequências de longo alcance para o projeto do Código Civil, que teve que ser adaptado não apenas no direito de família, mas também no direito sucessório. As outras partes do Código, ou seja, o direito das obrigações, os direitos reais e o direito empresarial já estavam em si mesmos prontos, mas tiveram de esperar.

As consequências foram extremamente graves: quando o Código finalmente entrou em vigor em 2003, ele já estava desatualizado em muitas partes. Desenvolvimentos importantes no direito comparado dos anos 1980 e 1990 não foram considerados, sobretudo a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), os Princípios do Direito Contratual Europeu (PECL) e os princípios dos Contratos Comerciais Internacionais (PICC-UNIDROIT), embora, naturalmente, pudessem ter sido valiosa fonte de inspiração.⁴⁴ Em áreas como o direito empresarial, o projeto foi superado pela evolução na prática.⁴⁵

Outra desvantagem da reforma geral é que um projeto de tal magnitude dificilmente pode ser discutido de forma significativa. Os debates rapidamente se aprofundam em certas questões individuais, perdendo-se de vista aspectos importantes. Além disso, o perigo de erros técnicos é aumentado. Um dos mais significativos civilistas brasileiros das últimas décadas, *Antônio Junqueira de Azevedo*, que morreu em 2009, descreveu o problema na época como se segue: “*Se eu levantar uma objeção, tal como ‘na seção sobre fraude, o código está desatualizado’, aparece outro professor que diz ‘mas não é assim na seção sobre união estável’, e ainda outro que diz: ‘O nascituro não foi regulamentado!’ (...) Lidar com todos os assuntos ao mesmo tempo simplesmente não está mais de acordo com a contemporaneidade*”.⁴⁶

⁴³ Ainda: *Schmidt* (Nota 16), p. 93 e seguintes.

⁴⁴ Ainda: *Schmidt* (Nota 16), p. 103 e seguintes.

⁴⁵ Veja-se também, abaixo, o item IV. 1. b).

⁴⁶ *Antônio Junqueira de Azevedo*, O princípio da boa-fé nos contratos, in: Conselho da Justiça Federal (org.), *Cadernos do CEJ 20: Comentários sobre o projeto do código civil brasileiro* (2002), p. 116 e 129-130.

b) Conclusão

A experiência brasileira mostrou muito claramente os grandes perigos de uma reforma geral. O processo parlamentar corre o risco de rapidamente paralisar e o projeto tornar-se ultrapassado. Além disso, um projeto de lei de reformar todo um código civil dificulta discussões adequadas. Portanto, recomenda-se a cada legislador que proceda de forma parcial, em etapas, seguindo o exemplo holandês.

IV. O âmbito de regulamentação do novo Código Civil brasileiro

Os códigos civis do século XIX e do início do século XX ainda apresentavam uma grande homogeneidade na questão do escopo da regulamentação. Os assuntos de direito pessoal, direito das obrigações,⁴⁷ direito das coisas, o direito de família e direito das sucessões eram considerados “estabelecidos”; só existiam diferenças na ordem⁴⁸ ou na estrutura interna.⁴⁹ Uma notável exceção⁵⁰ foi o Código de Montenegro: *Bogišić* tinha deliberadamente decidido excluir em grande parte o direito de família e o direito das sucessões, concentrando-se no direito pessoal, das obrigações e das coisas.⁵¹ No século XX, havia também forte tendência nos Estados socialistas para transformar o direito de família em uma lei especial. As razões para isso, porém, foram diferentes daquelas do *Bogišić*.⁵² Atualmente, porém, pode-se perceber uma tendência de crescimento do código civil: o novo Código Civil russo, por

⁴⁷ Na Suíça, o Código de Obrigações (OR) foi regulamentado separadamente, como é bem conhecido, mas isso se deu principalmente por razões históricas. Em 1911, o direito das obrigações foi formalmente incorporado ao Código Civil Suíço.

⁴⁸ Compare as diferenças entre o BGB saxônico (1863) e o BGB (1896). Veja-se: *Schmidt* (Nota 16), p. 306 e seguintes.

⁴⁹ O Código Civil e os códigos influenciados por ele, como é bem conhecido, não separam estritamente o direito das obrigações e o direito das coisas.

⁵⁰ Compare também: *Carlos Petit*, *The Code and the Goats: Western Law in Less-Western Cultural Contexts. On the Code of Property of Montenegro 1888*, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 1998, p. 212 e 219 e seguintes.

⁵¹ Para justificativa, veja-se: *Bogišić*, *Bulletin de la Société de Législation Comparée* 17 (1888), p. 483, 486 e seguintes.

⁵² Detalhadamente: *Wolfram Müller-Freienfels*, *Zur Diskussion um die systematische Einordnung des Familienrechts*, *RabelsZ* 37 (1973), p. 609 e seguintes.

exemplo, também incorporou o direito internacional privado e partes do direito de propriedade intelectual.⁵³

Neste ponto, a discussão se concentrará em duas áreas e sua relação com o Código Civil: de um lado, o direito comercial, *mutatis mutandis*, empresarial e, de outro, o direito de proteção do consumidor. O direito brasileiro é um objeto de investigação muito adequado para ambas as áreas, sobretudo porque uma “solução pura” foi escolhida em cada caso (embora com sinais diferentes): enquanto o direito comercial, depois de mais de 150 anos de independência, foi amplamente integrado ao Código Civil, o direito de proteção ao consumidor foi positivado em lei especial a partir de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

1. A fusão legislativa do direito civil e comercial

a) Desenvolvimento histórico no Brasil

O Código Comercial brasileiro, agora em grande parte abolido,⁵⁴ foi promulgado em 1850, ou seja, numa época em que o Brasil ainda estava muito longe de criar um código civil. Sua elaboração foi devida principalmente à insistência das associações comerciais. Em qualquer caso, a criação de um código comercial estava de acordo com a tendência da época: os códigos comerciais da França, Espanha e Portugal eram os principais modelos.⁵⁵

A existência de um código comercial foi, no entanto, considerada insatisfatória desde cedo.⁵⁶ Augusto Teixeira de Freitas, que é considerado o fundador da ciência jurídica no Brasil⁵⁷ e que, a partir de meados da década de 1850, dedicava-se a escrever projeto de código civil, descreveu a separação entre o código civil e o comercial como “arbitrária”. A suposta autonomia do direito comercial teria apenas causas históricas; na verdade, seria impossível reconhecer por que os negócios (dt. *Geschäfte*) com propósitos profissionais (dt. *gewerbliche Zwecke*) deveriam ser tratados de forma diferente daqueles de natureza privada. Freitas também viu a regulamentação especial para

⁵³ Sobre o escopo regulatório do CC russo: *Stefanie Solotych*, *Das Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation – Erster Teil* (2. Auflage, 1996), p. 16 e seguintes. Sobre a parte 4 do CC (parte geral do direito da propriedade intelectual): *Thomas Hoeren*, *Das neue russische Urheberrecht, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) International* 2008, p. 557 e seguintes.

⁵⁴ Ela persiste apenas na parte sobre o comércio marítimo.

⁵⁵ Mais sobre a origem do Código Comercial Brasileiro: *Schmidt* (Nota 16), p. 20 e seguintes.

⁵⁶ Para o seguinte: *Schmidt* (Nota 16), p. 180 e seguintes.

⁵⁷ Para sua pessoa e trabalho: *Schmidt* (Nota 16), p. 24 e seguintes.

o tráfego comercial como prejudicial ao agronegócio. Consequentemente, ele defendeu a criação de um código de direito privado que unisse o direito civil e comercial. Embora ele não tenha sido capaz de realizar seu plano, sua ideia exerceu grande influência sobre a ciência jurídica brasileira. Mesmo internacionalmente, *Freitas* deve ser considerado como um dos pioneiros da ideia de um “*Code unique*”.⁵⁸

Durante o século XX, novas tentativas para implementar o plano de *Teixeira de Freitas* falharam, tendo o sonho finalmente se tornado realidade com o advento do Código Civil de 2002. Os redatores do novo código invocaram expressamente a tradição de pensamento estabelecida por *Freitas*. Outros modelos foram, naturalmente, a Suíça e a Itália, que já tinham adotado a solução única em seus códigos civis, de 1911 e 1942, respectivamente.⁵⁹

b) Implementação em detalhes

A fusão dos códigos civil e comercial se manifesta em duas áreas diferentes do novo código. No direito das obrigações, vários tipos de contratos comerciais foram incluídos, tais como o contrato de comissão (dt. *Kommissionsvertrag*), o contrato de corretagem (dt. *Maklervertrag*), o contrato de transporte (dt. *Transportvertrag*) e o contrato de agência (dt. *Handelsvertretervertrag*). Além disso, o direito das obrigações estabelece algumas regras especiais para pessoas que agem com intenção profissional (dt. *gewerblicher Absicht*).⁶⁰ Não há mais direito das obrigações comerciais fora do CC, com exceção de contratos regulados por lei especial, como os de leasing, franquia e distribuição (dt. *Vertragshändlervertrag*).

Assim, em comparação com seu predecessor, o novo Código foi ampliado para incluir o livro sobre “Direito de empresa” (dt. *Unternehmensrecht*). Essa parte contém a definição de empresário, registro, direito das sociedades e, finalmente grandes partes do direito societário.⁶¹

⁵⁸ Sobre esta terminologia, veja-se: *Ernst A. Kramer* *Handelsgeschäfte – eine rechtsvergleichende Skizze zur rechtsgeschäftlichen Sonderbe handlung unternehmerischer Kontrahenten*, in: *Josef Aicher/Hans-Georg Koppensteiner* (org.), *Festschrift für Rolf Ost heim* (1990), p. 299, 306-307; *Zimmermann*, ERPL 1995, p. 103; *Hans Merz*, *Das schweizerische Obligationenrecht von 1881*, in: *Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Tercier* (org.), *Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht* (1982) p. 3 e 13 e seguintes.; *Pio Caroni*, „Privatrecht“: Eine sozialhistorische Einführung (1988), p. 180.

⁵⁹ Veja-se: *Schmidt* (Nota 16), p. 175 e seguintes.

⁶⁰ Veja-se: *Schmidt* (Nota 16), p. 197 e seguintes.

⁶¹ Sobre isso e sobre a transição do direito comercial para o direito empresarial: *Schmidt* (Nota 16), p. 205 e seguintes.

Embora a unificação legislativa do direito civil e comercial no Brasil tenha sido, no geral, bem recebida, a implementação em detalhes foi em parte duramente criticada. O novo direito das obrigações unificado é considerado por muitos autores como sendo muito “civilista”, pois considera pouco os interesses do tráfego comercial.⁶² A crítica ao livro do direito empresarial é de que quase não tem nenhuma ligação aos outros livros, parecendo ser um corpo estranho no Código Civil. A inclusão do direito das sociedades limitadas também se mostrou infeliz, pois isso significou que este assunto, tão importante para a prática jurídica brasileira,⁶³ não pôde receber a atenção necessária no processo legislativo. O resultado é que essa seção é considerada ultrapassada e muito distante da prática.⁶⁴

c) As tendências internacionais

A decisão do Brasil em favor de um código único está de acordo com a tendência internacional.⁶⁵ Outros países que têm seguido essa solução em tempos recentes incluem Polônia (1964), Paraguai (1985), Holanda (1992), Rússia (1992), e Hungria (2009).⁶⁶ O modelo legislativo contrário ao Código único, com o dualismo da codificação do direito civil e comercial, ainda pode ser encontrado em França, Alemanha, Áustria, Espanha e Portugal, por exemplo. Mas também nesses países, a ideia de um código único tem muitos adeptos na literatura.⁶⁷

d) Razões a favor e contra a solução de unificação

As razões apresentadas hoje para preferir a solução unificadora são essencialmente as mesmas que foram apresentadas por *Teixeira de Freitas* no século XIX: isto é, que a autonomia legislativa do direito comercial foi acima de tudo historicamente condicionada, mas que não havia razões substan-

⁶² Schmidt (Nota 16), p. 201 e seguintes.

⁶³ Christian Gloger, Haftungsbeschränkung versus Gläubigerschutz in der GmbH (2007), p. 394-395.

⁶⁴ Veja-se: Schmidt (Nota 16), p. 110, 218 e seguintes.

⁶⁵ Para uma visão geral, consulte: Jan Peter Schmidt, Code unique, in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann (org.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009), p. 263-267.

⁶⁶ Vékás, ZEuP 2009, p. 541.

⁶⁷ Veja-se para a Alemanha: Andreas Heinemann, Handelsrecht im System des Privatrechts – zur Reform des deutschen Handelsgesetzbuches, in: Bernhard Großfeld/Rolf Sack (org.), Festschrift für Wolfgang Fikentscher (1998), p. 349 e 369. Para a Áustria: Martin Schauer, Integration des Handelsund Unternehmensrechts in das ABGB?, in: Constanze Fischer-Czermak/Gerhard Hopf/Martin Schauer (org.), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend (2003), p. 137 e 151-152.

tivas para isso.⁶⁸ Particularmente digno de nota neste contexto é discutir o desenvolvimento do que geralmente é referido sob o termo “*comercialização/mercantilização do direito civil*”. Com o termo se pretende designar que certas regras e instituições jurídicas, que primeiramente teriam se desenvolvido no direito comercial para superar as normas do *ius commune* hostis ao comércio, teriam, ao longo dos séculos, se infiltrado cada vez mais no direito civil das obrigações. Isso se refere, por exemplo, à liberdade de forma dos negócios jurídicos, que também é agora princípio do direito civil geral, ou à proteção das expectativas legítimas no âmbito dos negócios jurídicos. O direito civil moderno, portanto, trata em grande parte de interesses do tráfego comercial. Esses aspectos podem ser levados em conta de muitas maneiras, mesmo sem a criação de regras especiais, como, por exemplo, através do reconhecimento dos usos/práticas comerciais, da interpretação dos contratos conforme a boa-fé e da determinação das diligências devidas comumente no comércio. Também o direito cambial e os tipos contratuais comerciais tradicionais (comissão, expedição, etc.) não precisam ser limitados em sua aplicação a pessoas jurídicas que operam em uma empresa, porque pessoas agindo para fins privados geralmente não concluem essas transações. Portanto, regras especiais genuinamente voltadas apenas para transações comerciais são necessárias apenas de forma muito limitada, como por exemplo, no direito alemão, o caso da obrigação de notificação de defeitos no objeto de venda, tratada no § 377 do *Handelsgesetzbuch – HGB* (pt. Código Comercial).

Um argumento que foi frequentemente apresentado no passado para a necessidade de um direito comercial separado era de que o direito comercial seria mais dinâmico que o direito civil e mais voltado para o direito internacional, o que perdeu muito de sua capacidade de persuasão hoje em dia. Isso porque o “*direito da economia feito por si mesmo*” (dt. *selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft*)⁶⁹ desenvolve-se em grande medida fora do direito comercial escrito (dispositivo). Na prática, as prescrições obrigatórias têm muito mais significado para o direito civil geral. A tendência do direito comercial à uniformização internacional do direito também não é um argumento para sua posição legislativa especial a nível nacional – antes o contrário: convenções de direito uniforme raramente podem ser integradas harmoniosamente no direito nacional, alcançando-se essa uniformização por meio de direito

⁶⁸ Mais sobre isso e o seguinte: *Wolfram Müller-Freienfels*, Zur „Selbständigkeit“ des Handelsrechts, in: *Hans Claudius Ficker et al. (org.)*, Festschrift für Ernst v. Caemmerer (1978), 582-621; *Schmidt* (Nota 16), 186 e seguintes.; *Vékás*, ZEuP 2009, 540 e seguintes.; *Schauer* (Nota 67), 147 e seguintes.

⁶⁹ Essa expressão remonta a *Hans Großmann-Doerth*, *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht* (1933).

especial para fatos internacionais.⁷⁰ Esta fragmentação jurídica⁷¹ deve ser combatida pelo legislador no nível nacional, garantindo que contratos civis e comerciais não sejam tratados separadamente.

Finalmente, outra razão importante para a tendência a um código único é a desintegração dos códigos comerciais clássicos.⁷² Desde o início, eles não eram estritamente sistemáticos, nem completos, de modo que nunca poderiam ser considerados verdadeiras codificações.⁷³ No decorrer do tempo, muitos de seus assuntos se tornaram matérias com autonomia legislativa, como o direito societário, o direito da insolvência ou o direito de transporte. Para os códigos comerciais restou, portanto, um estoque residual de matérias em constante retração (tais como as definições de comerciantes ou empresários, direito de registro e direito das sociedades), o que dificilmente justifica a existência de um código próprio.

e) Conclusão

A decisão do legislador brasileiro de fundir os Códigos Civil e Comercial merece aprovação e está de acordo com a tendência internacional. Ao mesmo tempo, tornou-se claro que a implementação concreta é uma tarefa exigente de um ponto de vista técnico. Em última análise, essas dificuldades também podem ser usadas como argumento para manter os códigos comerciais existentes e para reformá-los apenas em termos de conteúdo.

2. A regulamentação legal especial da lei de proteção ao consumidor

A posição do direito de proteção ao consumidor no sistema de direito privado ainda é uma questão de grande atualidade na Europa. Em princípio, o legislador conta com três opções: ele pode integrar as normas de

⁷⁰ Rolf Herber, Probleme der gesetzlichen Fortentwicklung des Handels- und Gesellschaftsrechts, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZGR) 1980, p. 47, 67-68 e 72.

⁷¹ Sobre isso: Franco Ferrari, Das Verhältnis zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen, Juristenzeitung (JZ) 1998, 9 e seguintes.

⁷² Para numerosos códigos comerciais europeus que se tornaram "cada vez mais vazios de conteúdo", veja-se: Ulrich Magnus, Die Gestalt eines europäischen Handelsgesetzbuches, in: Jürgen Basedow et al. (org.), Festschrift für Ulrich Drobnig (1998), p. 57, 64 e seguintes. Zur Dekodifizierung des Code de commerce von 1807 François-Xavier Licari/Jochen Bauerreis, Das neue französische Handelsgesetzbuch – ein kritischer Beitrag zur Methode der codification à droit constant, ZEuP 2004, p. 132, 135 e seguintes.

⁷³ Sobre o conceito de codificação, ver: Jan Peter Schmidt, Kodifikation, in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann (org.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009), p. 986-987.

proteção ao consumidor na codificação principal; ele pode criar várias leis especiais; ou pode promulgar uma lei global de proteção ao consumidor, que combine todas as normas de proteção ao consumidor das diversas disciplinas jurídicas. Naturalmente, também são concebíveis variantes mistas dentro destas possibilidades.

Na Alemanha, o legislador há muito tempo tem seguido o caminho de leis especiais. Somente pela reforma do direito das obrigações (2002) que se deu uma reviravolta, com a disciplina integrada do direito do consumidor na área do direito dos contratos ao BGB.⁷⁴ A mesma solução já havia sido adotada pela Holanda em 1992.⁷⁵ Muitos outros países europeus, por outro lado, optaram pela criação de leis esparsas para a proteção do consumidor, tais como Áustria,⁷⁶ França,⁷⁷ Espanha⁷⁸ e, por último, Itália.⁷⁹ Recentemente, porém, houve sinais de uma inversão dessa tendência: o novo Código Civil húngaro, por exemplo, integrou partes do direito do consumidor.⁸⁰ Fenômeno análogo se pode antecipar com o projeto de novo código civil tcheco,⁸¹ os planos para reforma do polonês⁸² e do direito espanhol das obrigações.⁸³

A questão do caráter e da localização das regras de proteção ao consumidor também surge a nível europeu. Ela não foi levada em conta quando a PECL foi redigida.⁸⁴ Mais tarde, várias partes defenderam a criação de um código europeu de proteção ao consumidor baseado nas diretrizes existentes

⁷⁴ Zimmermann (Nota 10), p. 171 e seguintes.

⁷⁵ Arthur S. Hartkamp, Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht. Teil I: Rechtsgeschäfte und Verträge, AcP 191 (1991), p. 396, 399 e seguintes.

⁷⁶ Konsumentenschutzgesetz (1979).

⁷⁷ Code de la consommation (1993).

⁷⁸ Gesetz Nr. 26/1984, consolidado no decreto real (königliches Dekret) 1/2007.

⁷⁹ Gesetzesverordnung Nr. 206/2005; sobre isso: Riccardo Omodei-Salè, Der neue italienische Codice del consumo: Echte Kodifikation oder reine Kompilation?, ZEuP 2007, p. 785–797

⁸⁰ Vékás, ZEuP 2009, p. 544 e seguintes.

⁸¹ Selucká, ERPL 2010, p. 155 e seguintes.

⁸² Pisuliński, ERCL 2010, p. 335–336.

⁸³ Veja-se acima a nota 12.

⁸⁴ Isso se deveu principalmente ao fato de que no início dos anos 80, quando a Comissão Lando iniciou seus trabalhos, o direito europeu dos contratos de consumo ainda não existia: Nils Jansen/Reinhard Zimmermann, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivat rechts?, JZ 2007, p. 1113 e 1115. Também posteriormente, no entanto, a linha de excluir o direito contratual do consumidor foi mantida; esta abordagem da Comissão Lando tem sido repetidamente criticada, cf. Zimmermann (Nota 10), p. 159.

da Comunidade Europeia (dt. *EG-Richtlinien*).^{NT,85} No início de 2008, uma associação de grupos de pesquisa internacionais, apresentou, por outro lado, um “Projeto de Quadro Comum de Referência” (en. *Draft Common Frame of Reference*, abrev. DCFR), fundindo *acquis commun* e *acquis communautaire* na área do direito contratual. No entanto, ele tem recebido críticas em sua implementação concreta.⁸⁶ Atualmente, questiona-se um tratamento conjunto de contratos de consumo e empresariais no contexto do Livro Verde da Comissão Europeia sobre “Opções para a introdução de um direito contratual europeu para consumidores e empresas”.⁸⁷

a) O surgimento da lei brasileira de proteção do consumidor

A existência da lei brasileira de proteção ao consumidor é explicada principalmente em termos históricos. No final da década de 1980, quando se apresentou o desejo de regulamentação da proteção ao consumidor, numa lei mais clara, livre de contradições e lacunas, o Código Civil estava em meio a um processo de reforma, cujo fim ainda não estava à vista. A criação de uma lei de proteção ao consumidor era, portanto, a única maneira de estabelecer, sem grande perda de tempo, o padrão de proteção considerado necessário. Além disso, a posição legislativa especial da lei de proteção ao consumidor também foi prescrita pela Constituição.⁸⁸ Após vários esboços, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor finalmente entrou em vigor em 1990. A mais importante fonte de inspiração foi o projeto francês de um *Code de la Consommation* (1985) escrito por *Jean Calais-Aulouis*, que nunca foi adotado na própria França.⁸⁹

^{NT} As comunidades europeias – do carvão e do aço (1951), econômica e da energia atômica (ambas de 1957) – são os alicerces da União Europeia e desde a ratificação do Tratado de Maastricht constituem seu primeiro pilar. Essa organização supranacional tem como segundo pilar a segurança e defesa comum e, como terceiro, a cooperação policial e judicial entre os Estados-membros.

⁸⁵ Mais em: *Hannes Rösler*, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht: Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung*, p. 205 e seguintes.

⁸⁶ *Horst Eidenmüller/Florian Faust/Christoph Grigoleit/Nils Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann*, *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme*, JZ 2008, p. 529, 533 e 549.

⁸⁷ Para tal tratamento conjunto: Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Max, *Submission on the Green Paper on European Contract Law* (a ser publicado em *RabelsZ* 2011).

⁸⁸ *Ana Paula Gambogi Carvalho*, *Verbraucherverträge im Internet. Rechtsvergleichende Studie zum deutschen und brasilianischen Recht* (2005), p. 61 e seguintes.

⁸⁹ Sobre esse projeto: *Claude Witz/Gerhard Wolter*, *Das neue französische Verbrauchergesetzbuch*, ZEuP 1995, p. 35-37; para outros modelos de lei protetiva do consumidor brasileiro: *Schmidt* (Nota 16), p. 234 e seguintes.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (abrev. CDC) desempenhou e continua a desempenhar um papel de destaque na realidade jurídica brasileira, pois, em muitos aspectos, tem precedência sobre o Código Civil como *lex specialis*. Independentemente das diferenças de opinião em detalhes, os especialistas brasileiros concordam, de qualquer forma, que o CDC é um dos capítulos de maior sucesso na história jurídica brasileira recente, pois desempenhou uma importante função educacional. Durante décadas, o mercado consumidor brasileiro se caracterizava por um clima muito antiético. Muitas empresas aproveitaram o quadro normativo insuficiente e a inexperiência negocial, especialmente das camadas da população de baixa renda e pouco instruídas. A concorrência insuficiente os protegeu de consequências adversas. Desde a entrada em vigor do CDC, por outro lado, o comportamento negocial de muitas empresas melhorou significativamente.⁹⁰

b) Características e âmbito de aplicação da Lei de Proteção ao Consumidor

A lei de proteção e defesa do consumidor contém 119 artigos, que, de acordo com a complexidade do assunto, pertencem a disciplinas jurídicas muito diferentes: direito civil, direito processual civil, direito administrativo, concorrencial e penal.⁹¹ Em relação com o contexto em exame, as disposições de direito civil do CDC estão essencialmente localizadas entre os artigos 1-54, que regulam, nesta ordem, os seguintes tópicos: definição de consumidores e fornecedores, obrigações de informação sobre produtos e serviços, responsabilidade por produtos e serviços defeituosos, prazos de prescrição e decadência (dt. *Verjährungs- und Ausschlussfristen*), desconsideração da personalidade de pessoas jurídicas (dt. *Durchgriffshaftung*), a obrigatoriedade da oferta ao público e, finalmente, disposições sobre a interpretação dos contratos, sua revogabilidade, o uso de cláusulas abusivas, contratos em prestações (dt. *Abzahlungsgeschäften*) e contratos de adesão.

Só essa visão geral já evidencia que a lei carece de um sistema preciso; as matérias parecem estar dispostas ao acaso. Também não se pode garantir a completude do CDC. Em particular, sobre os tópicos de vícios do consentimento, representação, celebração de contrato, adimplemento e prescrição contém, na melhor das hipóteses, regulamentações seletivas. Em muitos casos, portanto, além do CDC, é necessária a aplicação de disposições gerais

⁹⁰ Veja-se: *Schmidt* (Nota 16), p. 232.

⁹¹ Para uma visão geral: *Sergio Nelson Mannheimer*, *Verbraucherschutzgesetzgebung in Brasilien*, in: *Erik Jayme* (org.), *Deutsch-Lusitanische Rechtstage* (1991), p. 71 e 73 e seguintes.

de direito civil. É assim evidente que o CDC não tem as características de uma codificação genuína, mesmo que seja geralmente referido como tal no Brasil (“Código de Defesa do Consumidor”). O âmbito de aplicação da lei de proteção ao consumidor brasileiro é muito amplo: em princípio, cobre todos os tipos de contratos entre empresários e consumidores. Uma característica especial importante é que em muitos casos, os tribunais brasileiros também concedem o status de consumidor a profissionais da área negocial. A razão para isso reside na definição imprecisa de consumidor: de acordo com o artigo 2º do CDC, consumidor é qualquer pessoa física ou jurídica, que adquire um produto ou serviço como “destinatário final”. Desde a entrada em vigor da lei de proteção ao consumidor, a doutrina e jurisprudência brasileiras discutem se o termo “destinatário final” deve ser interpretado literal ou teleologicamente. Os partidários da chamada “teoria maximalista” admitem que seja suficiente para a afirmação do status de consumidor que o produto ou serviço não seja mais transmitido diretamente; um uso para a criação de valor, ou seja, uma intenção comercial de uso, é inofensiva. Por exemplo, uma empresa de móveis que compra um novo caminhão para transporte seria tratada como um consumidor de acordo com esse ponto de vista.

Os adeptos da interpretação teleológica, por outro lado, consideram como consumidor apenas a pessoa que retira um produto ou serviço de forma final do ciclo econômico e não contribui mais para a criação de valor. Finalmente, há também pontos de vista mediadores na doutrina e jurisprudência, que consideram a necessidade de proteção no caso individual.⁹²

c) Vantagens e desvantagens de uma lei de proteção ao consumidor autônoma

aa) Considerações sistemáticas

O posicionamento apartado do direito do consumidor é aprovado pela grande maioria dos juristas brasileiros e se justifica por seu caráter de direito privado especial: enquanto o direito civil regularia a lei entre “iguais”, o objeto do direito contratual do consumidor é a relação entre “desiguais”. O consumidor, em oposição ao empresário, é a parte “mais fraca”, “vulnerável”.

Essa concepção também é bastante difundida na Europa e é geralmente referida como “direito dos contratos sociais”. No entanto, ela não reconhece que “a proteção da parte mais fraca” é um conceito muito difuso/impreciso. Revela-se difícil de aferir o desequilíbrio de poder entre consumidor e

⁹² Para o estado da disputa: *Schmidt* (Nota 16), p. 237 e seguintes.

empresário, seja ele social, econômico ou intelectual.⁹³ A simples suposição de que o fornecedor seria superior ao consumidor em termos de informação e rotina⁹⁴ não é, de qualquer forma, ainda, suficiente para isso.⁹⁵ Muito mais convincente, portanto, seria utilizar os instrumentos típicos do direito de proteção ao consumidor, como deveres de informação, de revogação, etc., não como um meio de proteger uma parte estruturalmente “mais fraca”, mas, sim, para proteger a liberdade real de escolha do consumidor.⁹⁶

Entendido desta forma, o direito de proteção ao consumidor pode ser facilmente integrado ao direito civil geral, porque o objetivo de proteger a real liberdade de escolha sempre foi, é claro, uma preocupação deste último também. Isso é particularmente evidente nas disposições sobre a proteção de menores ou a possibilidade anulação de negócios concluídos com base em dolo, coação e exploração de estado de necessidade. De acordo com este entendimento, o direito contratual do consumidor é meramente um componente dentro do sistema geral de proteção, que funciona com uma tipificação.

A impossibilidade de separar claramente o direito contratual geral e o direito contratual do consumidor não é mais evidente em nenhum outro lugar do que nas discussões brasileiras sobre a interpretação do conceito de consumidor. O desejo de muitos autores e tribunais de aplicá-lo também a certas empresas sublinha que os consumidores, no sentido estrito, não têm o monopólio de uma proteção especial.⁹⁷ A ampliação do conceito de consumidor que se segue a esta compreensão também pode ser encontrada em alguns países europeus,⁹⁸ parecendo, no entanto, ser merecedora de críticas. Não apenas prejudica o objetivo da tipificação e cria incerteza jurídica, como, acima de tudo, inverte, sob a perspectiva conceitual, “dos pés à cabeça” e obscurece os valores relevantes, pois sugere que a proteção ao consumidor seria a origem da “proteção da parte mais fraca”, e que somente aqueles que são consumi-

⁹³ *Jutta Limbach*, Forum: Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, *Juristische Schulung* 1985, p. 10 e 13; críticas à teoria do “poder de barganha desigual” também em *Stefan Grundmann*, *Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechtsrichtlinie so ähnlich?*, *AcP* 202 (2002), p. 40 e 64-65.

⁹⁴ Assim, a lógica típica para a proteção do consumidor, cf. *Kramer* (Nota 58), p. 304-305.

⁹⁵ *Grundmann*, *AcP* 202 (2002), p. 67.

⁹⁶ Sobre esse entendimento do direito contratual do consumidor, veja-se também: *Zimmermann* (Nota 10), p. 205 e seguintes.

⁹⁷ Veja-se também: *Vincenzo Roppo*, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, *ERCL* 2009, p. 304 e seguintes.

⁹⁸ Por exemplo, na Grécia, Hungria e Espanha, veja-se: *Hans Schulte-Nölke, Christian Twigg-Flesner, Martin Ebers* (org.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States* (2008), p. 458.

dores no sentido da lei poderiam desfrutar dessa proteção. Como mostrado, porém, o direito dos contratos de consumo não é a origem, mas apenas uma manifestação concreta de um princípio geral que busca assegurar a real liberdade de escolha das partes. A proteção de não-consumidores deveria, portanto, ser alcançada por meio das regras gerais.

Estas breves observações mostram que o direito dos contratos de consumo não pode ser entendido como uma matéria autônoma do ponto de vista sistemático. Ao contrário, ele é parte integrante do direito contratual geral e, portanto, deveria ser regulamentado juntamente com ele.

bb) Considerações práticas

Razões práticas também falam contra uma regulamentação autônoma do direito de proteção ao consumidor. Em primeiro lugar, isso enfraquece gravemente o Código Civil. Em muitos casos, o cidadão não pode mais informar-se nele sobre o direito civil,⁹⁹ como deveria. Em segundo lugar, a solução de separação também implica nos perigos de uma fragmentação inadequada do direito e de excesso de proteção ao consumidor. Mais uma vez, isso pode ser ilustrado pela experiência brasileira: por nenhuma razão aparente, a garantia para defeitos da coisa no contrato de compra e venda e a questão da mudança das circunstâncias após a conclusão do contrato foram estruturadas de forma diferente no CC e no CDC.¹⁰⁰ Não se trata apenas de uma questão do ponto de vista da justiça, mas também torna a aplicação do direito desnecessariamente complicada. Em geral, o CDC tende a privilegiar demais o consumidor – pelo que, naturalmente, em última análise, o fornecedor o faz pagar.¹⁰¹

Além disso, uma lei de proteção ao consumidor regulada separadamente aumenta o perigo de que o direito civil em geral e o direito do consumidor também apresentem divergências na doutrina e literatura jurídicas.¹⁰² No Brasil,

⁹⁹ *Jürgen Schmidt-Räntsch*, Reintegration der Verbraucherschutzgesetze durch den Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, in: *Reiner Schulze/Hans Schulze-Nölke* (org.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (2001), p. 169 e 170; *ähnlich Zweigert/Puttfarcken* (Nota 2), p. 574.

¹⁰⁰ *Schmidt* (Nota 16), p. 282.

¹⁰¹ *Schmidt* (Nota 16), p. 277-278.

¹⁰² Sobre os perigos de desacoplar um assunto, veja-se também: *Thomas Pfeiffer*, Die Integration von „Nebengesetzen“ in das BGB, in: *Wolfgang Ernst / Reinhard Zimmermann* (org.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform* (2001), p. 481 e 498; *Grundmann*, *AcP* 202 (2002), p. 69; *Manfred Lieb*, *Grundfragen einer Schuldrechtsreform*, *AcP* 183 (1983), p. 327 e 331-332.

este problema se revela muito claramente:¹⁰³ os livros didáticos (manuais) sobre o “Direito Civil” mencionam o tema do consumidor, na melhor das hipóteses, de passagem, enquanto os livros didáticos sobre o “Direito do Consumidor”, ao contrário, dificilmente tratam de direito civil geral.¹⁰⁴ Os professores de direito do consumidor frequentemente não são professores de direito civil – e vice-versa. Foi somente a partir da entrada em vigor do CC/2002 que a literatura brasileira começou a dedicar mais atenção à busca de possíveis ligações e inter-relações entre o direito civil geral e o direito do consumidor.¹⁰⁵ No entanto, nenhuma consequência foi extraída para uma reorganização legislativa.

Como um argumento importante a favor da criação de uma lei de proteção ao consumidor é frequentemente citado o fato de que essas normas protetivas seriam mais facilmente encontradas se concentradas numa norma em especial do que se integradas ao Código Civil ou dispersas em várias outras leis. Essa compreensão é válida para o leigo, tipicamente o próprio consumidor.¹⁰⁶ Esta linha de argumentação não pode ser seguida sem reservas: certamente um consumidor compreenderá mais facilmente, por exemplo, as circunstâncias nas quais ele tem o direito de revogação na lei protetiva do consumidor do que no Código Civil, muito mais abrangente. A lei de proteção ao consumidor, porém, dificilmente pode regular todas as questões relevantes para uma relação de consumo. Isso frustra a expectativa do consumidor de poder conhecer toda a sua posição jurídica a partir do Código do Consumidor. Como regra, ele precisará ter dois textos normativos em mãos.¹⁰⁷ Além disso, é precisamente o Código Civil que pode conter importantes normas protetivas

¹⁰³ Compare também as críticas em: *José de Oliveira Ascensão*, Direito europeu do consumidor e direito brasileiro, *Revista Trimestral de Direito Civil* 32 (2007), p. 179 e 189.

¹⁰⁴ Conforme, por exemplo: *Antônio Herman V. Benjamin/Claudia Lima Marques/Leornado Roscoe Bessa*, Manual de Direito do Consumidor (2008).

¹⁰⁵ Veja-se, por exemplo, *Paulo Luiz Neto Lôbo*, Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil, *Revista de Direito do Consumidor* 42 (2002), p. 187, ou a obra de *Roberto A. C. Pfeiffer / Adalberto Pasqualotto* (org.), Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002. Convergências e assimetrias (2005).

¹⁰⁶ Nesse sentido também *Ada Pellegrini Grinover/Antônio Herman V. Benjamin et al.*, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto (8ª ed., 2005), 9; *Carvalho* (Nota 88), p. 390; uma motivação correspondente também está subjacente à criação do Código do consumidor francês, cf. *Witz/ Wolter*, ZEuP 1995, p. 35.

¹⁰⁷ Sobre isso, veja-se: *Schmidt-Räntsch* (Nota 99), p. 172-173, que explica esse problema usando o exemplo da lei de proteção ao consumidor austríaca; criticamente, também sobre sua concepção de conteúdo, veja-se *Brigitta Lurger/Susanne Augenhöfer*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht (2ª ed., 2008), p. 18 e seguintes.; veja-se, ainda, *Wulf-Hennung Roth*, Europäischer Verbraucherschutz und das BGB, JZ 2001, p. 475 e 486.

para o consumidor. Exemplos da legislação brasileira são do abuso de um estado de necessidade ou da redução de penalidade contratual, que não têm no CDC regulamentação mais favorável ao consumidor.¹⁰⁸

Esse problema ilustra o dilema geral de que uma lei de proteção ao consumidor representa para assuntos que têm sua origem, ou pelo menos um significado importante na proteção ao consumidor, mas não são limitados às relações de consumo. Para a legislação brasileira, são exemplos as situações citadas há pouco. Para o direito alemão, as disposições sobre condições gerais do negócio jurídico (dt. *Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, §§ 305 e 306 do BGB) e sobre contratos de viagem (dt. *Reiseverträgen*, § 651a e seguintes do BGB), e desde a reforma do direito das obrigações, o direito da compra e venda (dt. *Kaufrecht*, §§ 433 e seguintes do BGB). Se omitidas essas prescrições do CDC, ele perde seu caráter de integralidade. Se incluídas, então perde a lei protetiva do consumidor seu caráter de lei *do consumidor*, já que seu âmbito regulatório iria além disso.¹⁰⁹

Finalmente, a terceira variante, de regramento em duplicidade, não apenas pouco elegante, mas também é uma fonte adicional de problemas de interpretação e contradições valorativas.¹¹⁰ A propósito, os argumentos aqui mencionados são essencialmente os mesmos que falam contra uma regulamentação autônoma do direito comercial.

O argumento da acessibilidade facilitada de uma lei protetiva do consumidor pode, no entanto, ser fértil de uma maneira diferente no caso do Brasil: por ter recebido um status legislativo especial, a lei de proteção ao consumidor recebeu muito mais atenção na doutrina e na jurisprudência do que provavelmente teria sido o caso com uma solução de incorporação ao Código Civil. É muito provável que o CDC só tenha conseguido registrar sua história de sucesso por causa disso. No entanto, este argumento tem data de expiração, porque agora que o direito de proteção ao consumidor está firmemente estabelecido, uma integração ao direito civil geral não pode mais prejudicar seu reconhecimento.

¹⁰⁸ Sobre este problema também a lei francesa: de acordo com *Witz/Wolter*, ZEuP 1995, p. 41-42, o consumidor francês é atraído pelo código de consumo para um caminho falso em caso de defeito do bem, pois essa norma lhe nega inúmeros direitos do comprador que estão previsto em normas gerais de perturbação das prestações (dt. *Leistungsstörungenrecht*) reguladas no Código Civil.

¹⁰⁹ Na França, esse problema pode ser ilustrado pela regulamentação sobre usura, que, embora transferida para o código de consumo, ainda se aplica entre os comerciantes, cf. *Witz/Wolter*, ZEuP 1995, p. 42.

¹¹⁰ Críticas a essa solução também em: *Josef Drexl*, *Verbraucherrecht – Allgemeines Privatrecht – Handelsrecht*, in: *Peter Schlechtriem* (org.), *Wandlungen des Schuldrechts* (2002), p. 97 e 188; e *W. H. Roth*, *Europäischer JZ* 2001, p. 486.

d) Conclusão

A regulamentação separada da lei de proteção ao consumidor tem provado ser muito bem-sucedida no Brasil. No entanto, isso se deve principalmente a circunstâncias econômicas e sociais específicas. Em uma análise mais detalhada, a experiência brasileira mostra muito claramente que a existência de uma lei de proteção ao consumidor ao lado do Código Civil conduz a numerosas dificuldades sistemáticas e práticas. Para a Europa, o conceito brasileiro deveria, portanto, não servir de modelo, mas sim de alerta.

A recepção do pensamento jurídico alemão no Brasil pela doutrina da boa-fé*

Jan Peter Schmidt**

*Tradução de Bárbara Nery Tavares Da Cunha Mello,
Micael Leão Michaelsen e Roxanne Albanus****

Sumário: I. Introdução: a influência alemã no direito privado brasileiro. II. O princípio da boa-fé no direito das obrigações alemão. III. A recepção da doutrina da boa-fé no Brasil. 1. O Código Civil de 1916 e o desenvolvimento subsequente. 2. O princípio da boa-fé no Código Civil de 2002. IV. O princípio da boa-fé na legislação brasileira atual. 1. O apelo à boa-fé como uma frase retórica. 2. A utilização da boa-fé como varinha mágica. V. Observações finais.

* Versão escrita e ampliada da palestra ocorrida em 26 de novembro de 2011 na conferência anual da Associação Luso-Alemã de Juristas (*Deutsch-Lusitanische Juristenvereinigung*, abrev. *DLJV*) em Colônia/Alemanha e publicada in: *Christian Baldus et al. (org.). Altruistische Rechtsgeschäfte sowie Methoden- und Rezeptionsdiskussionen im deutsch-lusitanischen und internationalen Rechtsverkehr*. V. 6. Baden-Baden: Nomos, 2014. p. 192-212.

** Priv.-Doz. Dr. Jan Peter Schmidt é Chefe do Centro de Competência para a Aplicação do Direito Estrangeiro do Instituto Max-Planck para direito privado estrangeiro e internacional de Hamburgo, Alemanha.

*** Artigo traduzido do alemão para o português por: Bárbara Nery Tavares da Cunha Mello, graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), membro voluntário do Grupo de Assessoria à Imigrantes e Refugiados (GAIRE - SAJU); Micael Leão Michaelsen, graduando em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e coordenador-discente da atividade de extensão Romanitas - Releituras do Digesto; Roxanne Albanus, bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2020); todos membros do Núcleo de Pesquisas de Direito Comparado e Internacional da UFRGS, sob orientação da Prof. Dra. Ms. Lisiane Wingert Feiten Ody.

I. Introdução: a influência alemã no direito privado brasileiro

Qualquer jurista alemão que lida pela primeira vez com o direito brasileiro se surpreende com a quantidade de elementos com os quais já está familiarizado pela presença da influência germânica. No direito penal, por exemplo, rapidamente nos deparamos com o nome de *Claus Roxin* e de outros estudiosos alemães¹ e, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constata-se reiteradas referências a decisões do Tribunal Constitucional alemão – muitas vezes com a reprodução literal do texto técnico.² No direito privado não é diferente: observa-se que o Código Civil brasileiro é estruturado exatamente como o BGB (abrev. de *Bürgerliches Gesetzbuch*; pt. Código Civil) e, ao contrário dos outros códigos civis europeus, ambos iniciam com uma parte geral, cujo cerne é a teoria geral dos negócios jurídicos.³ Ainda, se olharmos para a doutrina brasileira, encontraremos sucessivas referências a autores alemães.⁴

Questiona-se de onde vem essa estreita relação entre o direito privado alemão e o brasileiro. Suas origens tornam ao século XIX, quando o direito privado alemão estava prestes a florescer para ganhar admiração e influência em todo o mundo.⁵ No Brasil, iniciou-se com *Augusto Teixeira de Freitas* (1816-1883), estudioso que ainda é considerado por muitos o maior jurista brasileiro de todos os tempos.⁶ Embora Freitas não falasse alemão, as obras

¹ O alto apreço de Roxin no Brasil foi recentemente enfatizado quando a importância de seus ensinamentos acerca dos procedimentos espetaculares do “mensalão” foi discutida detalhadamente na mídia, ver, por exemplo, *Fernanda Lara Tórtima, Poder mandar não significa mandei*, do Estadão de 18 de novembro de 2012.

² Por exemplo, ver a decisão do STF, *Habeas Corpus* 96759/CE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julg. 28.1.2012, na qual o ex-Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, refere, em seu voto, uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão e, entre outras, os termos “proibição de excesso” (dt. *Übermaßverbot*), “proibição de proteção deficiente” (dt. *Untermaßverbot*) ou “controle de sustentabilidade ou de justificabilidade” (dt. *Vertretbarkeitskontrolle*).

³ Mais sobre, ver: *Jan Peter Schmidt, Der Ursprung des Allgemeinen Teils im Brasilianischen Privatrecht*, in: Christian Baldus, Wojciech Dajczak (org.), *Der Allgemeine Teil des Privatrechts*, p. 247 e seguintes.

⁴ O direito privado brasileiro sempre foi fortemente influenciado pelo direito francês, italiano e português. O presente artigo enfoca deliberadamente no intercâmbio germânico-brasileiro.

⁵ Mais sobre, ver: *Andreas B. Schwarz, Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande*, in: Hans Thieme, Franz Wieacker (Org.), *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung von Andreas B. Schwarz*, Karlsruhe: 1960, p. 26-72.

⁶ Detalhes sobre a vida e o trabalho de Teixeira de Freitas: *Silvio Meira, Teixeira de Freitas: O Jurisconsulto do Império*, 2ª Ed., Brasília: Cegraf, 1983; *Zeno Veloso, Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda*, Belém: UNAMA, 2010, p. 9 e seguintes.

mais importantes da literatura alemã estavam a sua disposição em tradução para o francês, sobretudo o “*System des heutigen Römischen Rechts*” de *Savigny*, a quem admirava.⁷ Por último, mas não menos importante, Freitas assumiu o rigor da sistemática e da terminologia germânica e o aplicou no seu *Esbôço* de Código Civil. Embora não tenha sido implementado, o *Esbôço* foi o modelo mais importante para todas as tentativas posteriores de codificação no Brasil.⁸

O autor do primeiro projeto finalmente bem-sucedido do Código Civil, datado de 1916,⁹ *Clóvis Beviláqua* (1859-1944), seguiu a tradição de *Freitas* e era um grande conhecedor do direito alemão, cujas obras leu no original. Isso fica evidente não apenas no próprio Código, mas também nos comentários¹⁰ escritos em vários volumes acerca da codificação, que contém uma impressionante riqueza de referências de direito comparado.¹¹ No direito privado dos outros países latino-americanos, a influência alemã também pode ser observada, mas em nenhum lugar atingiu uma dimensão tão alta.¹²

No século XX, a influência jurídica germânica diminuiu, ficando em segundo lugar em relação à italiana. Entretanto, o pensamento jurídico alemão continuou muito presente. Isso é claramente visível nos 60 volumes do lendário “Tratado de Direito Privado” de *Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda* (1892-1979),¹³ provavelmente o mais importante civilista (dt.

⁷ Freitas possuía a tradução francesa de Gueneaux de 1850, conforme *José Carlos Moreira Alves*, A Formação Romanística de Teixeira de Freitas e seu Espírito Inovador, in: *Sandro Schipani* (Org.), Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano, Atti del Congresso internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas, Roma, 12/14 dezembro de 1983; Pádua, 1988, p. 17-39, cf. nota nº 37.

⁸ Mais sobre, ver: *Jan Peter Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive, Tübingen: 2009, p. 23 e seguintes.

⁹ Sobre as origens em detalhes, ver *Schmidt*, nota nº 8, p. 43 e seguintes.

¹⁰ *Clóvis Beviláqua*, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro: F. Alves 1916-1919, posteriormente reeditado.

¹¹ Sobre o comentário de Beviláqua, ver: *Claudia Lima Marques*, das BGB und das brasilianische Zivilgesetzbuch von 1960, in: *Erik Jayme, Heinz Peter Mansel* (Org.), Auf dem Weg zu einem gemeineuropäischen Privatrecht – 100 Jahre BGB und die lusophonen Länder, Baden-Baden: 1997, p. 73-82.

¹² Também foi fortemente influenciado pelo conceito jurídico alemão, por exemplo, o segundo Código Civil peruano de 1936. Pelo contrário, no Código Civil chileno de 1955, que teve um impacto considerável na América Latina, as influências do Code Civil francês são visíveis; no entanto, a afirmação de que o Code Civil foi simplesmente copiado é um equívoco infelizmente bastante comum na Europa. Mais detalhes sobre a história da codificação da América Latina, ver: *Alejandro Guzmán Brito*, La Codificación Civil en Iberoamerica, Siglos XIX y XX, Santiago do Chile: 2000.

¹³ *Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda*, Tratado de Direito Privado, vol. 1-60, Rio de Janeiro: Borsoi, 1954-69.

Zivilrechtler) brasileiro do século XX.¹⁴ O Tratado é tão cheio de referências a autores alemães, que podemos nos perguntar se a obra não deveria ter sido chamada “Tratado de Direito Privado Alemão”. No entanto, o tema dessa exposição é sobre o processo de recepção da doutrina alemã da boa-fé no direito brasileiro, que começou relativamente tarde a partir da década de 60, no qual Pontes de Miranda desempenhou um papel de menor vulto.

II. O princípio da boa-fé no direito das obrigações alemão

Em primeiro lugar, deve-se lembrar brevemente qual foi o papel desempenhado pelo princípio da boa-fé (dt. *der Grundsatz von Treu und Glauben*) no desenvolvimento do direito das obrigações alemão (dt. *deutsches Schuldrecht*) no século XX. Sua importância dificilmente poderá ser superestimada e, inclusive, poderia se dizer, exagerando um pouco, que a história do direito das obrigações alemão no século XX é a história do desenvolvimento do princípio da boa-fé; esse caminho tem sido elogiado e copiado em muitos outros ordenamentos jurídicos.¹⁵ O referido princípio está normativamente consagrado nos §§ 157 e 242 do BGB, sendo que o § 242, em particular, teve notoriamente uma carreira brilhante no século XX. Já em 1913, ele foi descrito por *Justus Wilhelm Hedemann*, numa mistura de reverência e zombaria, como “parágrafo real”¹⁶ e essa caracterização viria a se provar justificada nas décadas seguintes.

¹⁴ Ver a biografia curta de *Wolf Paul*, in: *Michael Stolleis* (Org.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon – von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*. München: 2001, p. 509. Para a relação de Pontes de Miranda com a Alemanha, ver: *Jan Peter Schmidt*, *Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã*, *Revista Fórum de Direito Civil*, ano 3, n. 5, jan/abr. 2014, p. 9-32.

¹⁵ Sobre a recepção da doutrina alemã da boa-fé na Europa, ver *Filippo Ranieri*, *Treu und Glauben*, in: *Jürgen Basedow; Klaus J. Hopt; Reinhard Zimmermann* (org.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Tübingen 2009, p. 1496-1500; especificamente sobre a Espanha, *Christian Eckl*, *Treu und Glauben im Spanischen Vertragsrecht*, Tübingen: 2007. Sobre Portugal, ver nota n° 38. Também trata de forma impressionante sobre o tema, veja-se: *John P. Dawson*, *The general clauses, viewed from a distance*, *RabelsZ* 41, 1977, p. 441-456.

¹⁶ Ver: *Justus Wilhelm Hedemann*, *Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Staat und Recht*, Tübingen 1933, p. 6; cf. também *ibid.* p. 11.

Quais foram as áreas mais importantes de aplicação do § 242 do BGB na prática? Sinteticamente, podem ser mencionados aqui os seguintes “marcos”:¹⁷ 1) A doutrina da quebra da base negocial (dt. *Wegfall der Geschäftsgrundlage*), que entrou na jurisprudência a partir do início dos anos 1920, principalmente para corrigir as consequências da inflação astronômica; 2) O controle das condições gerais de contratação (dt. *Allgemeine Geschäftsbedingungen*), as quais, a partir dos anos 1930, se tornaram cada vez mais utilizadas. Quando, em 1976, a lei sobre as condições gerais do contrato (dt. *AGB-Gesetz*) foi criada, como sabido, o legislador se limitou essencialmente a transformar a já bastante diferenciada jurisprudência em regras concretas. Também devem ser mencionados: 3) o estabelecimento de obrigações pré-contratuais (dt. *Vorvertragliche Pflichten*) e obrigações acessórias (dt. *Nebenpflichten*) na relação obrigacional; e por fim 4) todo o campo do abuso de direito (dt. *Rechtsmissbrauch*) ou do exercício inadmissível de direito (dt. *Unzulässige Rechtsausübung*), como por exemplo, a proibição de *venire contra factum proprium*, a exceção do dolo (dt. *Arglistige Täuschung*) ou a *supressio* (dt. *Verwirkung*).

Todas essas doutrinas foram atribuídas ao § 242 do BGB e consideradas como sua concretização. O interessante aqui, do ponto de vista teórico-jurídico, é que o próprio legislador não pretendia que o § 242 desempenhasse tal papel. De acordo com sua concepção, a disposição deveria apenas “propiciar que se expresse a relação constituída entre devedor (dt. *Schuldner*) e credor (dt. *Gläubiger*) de acordo com seu verdadeiro conteúdo”!¹⁸ O objetivo do § 242 era, portanto, excluir a chamada “prestação inoportuna” (“*Leistung zur Unzeit*”), por exemplo, às três horas da manhã, quando o credor normalmente preferiria dormir a receber a prestação. O § 242 do BGB só foi transformado em uma verdadeira cláusula geral pelos tribunais^{NT} (dt. *Gerichte*),¹⁹ que em casos extremos podem anular disposições contratuais e até mesmo o direito legislado. Ao mesmo tempo, contudo, pode-se observar que os tribunais

¹⁷ Mais sobre, por exemplo, ver: *Marietta Auer*, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Tübingen: 2005, p. 2 e seguintes; *Peter Schlechtriem*, *The Functions of General Clauses, Exemplified by Regarding Germanic Laws and Dutch Law*, in: *Stefan Grundmann/Denis Mazeaud (org.)*, *General Clauses and Standards in European Contract Law*, Den Haag 2006, p. 41, 43 e seguintes; *Simon Whittaker/Reinhard Zimmermann*, *Good faith in European contract law: Surveying the legal landscape*, in: o mesmo (org.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000, p. 7 e 18 e seguintes.

¹⁸ *Alexander Achilles; Albert Gebhard; Peter Spahn (org.)*, *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Vol. I, Berlin: 1897, p. 303.

^{NT} A palavra “tribunais” (dt. *Gerichte*) é empregada ao longo do texto em sentido *lato*, i.e. não se refere apenas às cortes recursais, mas sim ao *Poder Judiciário*.

¹⁹ Em detalhes, ver: *Schmidt*, nota n° 8, p. 408.

geralmente derivaram suas conclusões de outras avaliações e, apenas ao final, utilizavam o § 242 do BGB como fundamento legal. Pode-se, assim, arriscar a tese de que o § 242 BGB não tem importância do ponto de vista normativo, ou, no máximo, tem pouca; que ele tem um caráter mais declaratório e de que o desenvolvimento jurídico, em princípio, teria ocorrido exatamente da mesma forma sem ele. Retornaremos a este ponto em seguida.

III. A recepção da doutrina da boa-fé no Brasil

1. O Código Civil de 1916 e o desenvolvimento subsequente

No Brasil, o desenvolvimento se deu bem diferentemente do que no direito alemão. O primeiro Código Civil, de 1916, praticamente não conhecia o princípio da boa-fé. Trataria várias vezes do princípio, mas referindo²⁰ a figura subjetiva da romana *bona fides*, que chamamos, na Alemanha, de “*guten Glauben*”,^{NT} a qual desempenha, sobretudo, um papel no direito das coisas, como na aquisição da propriedade por boa-fé e usucapião (dt. *Ersitzung*).²¹ Pela chamada “boa-fé subjetiva” é que se questiona se uma pessoa tinha ou deveria ter conhecimento de uma situação. Contrariamente ao BGB, o CC/1916 não continha nenhuma disposição como o § 242 do BGB, que disciplinava um padrão de comportamento objetivo, o qual, conseqüentemente, é chamado de “boa-fé objetiva”.²² Por esse defeito, o CC/1916 foi frequentemente reprimido,²³ mas, para a defesa de *Clóvis Beviláqua*, seu elaborador, deve ser dito que o codificador alemão tampouco deu grande peso ao princípio da boa-fé em si mesmo; tivesse *Beviláqua* inserido uma disposição como a do § 242 BGB, provavelmente seria considerada dispensável sem maiores dificuldades.

Os tribunais brasileiros, contudo, sentiram uma necessidade de se voltar ao princípio da boa-fé numa miríade de casos logo após a entrada em vigor do Código Civil de 1916.²⁴ Novamente de se interessar aqui, num prisma

²⁰ A única exceção foi o Art. 1.443 do CC/1916 sobre o contrato de seguro.

^{NT} Em tradução literal, boa-fé.

²¹ Próximo, *Eckl*, ver nota nº 16, p. 14 e seguintes e 48 e seguintes.

²² Sobre a diferença entre *boa-fé subjetiva* e *boa-fé objetiva* também *Clóvis do Couto e Silva*, O princípio da boa-fé no Direito Brasileiro e Português, in: Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais 1980, p.43; *Judith Martins-Costa*, O Direito Privado como um “sistema em construção”, Revista de Informação Legislativa 139: 1998, 5, 14.

²³ Com demonstrações, ver: *Schmidt*, nota nº 8, p. 51.

²⁴ Detalhadamente, *Schmidt*, ver nota nº 8, p. 425 e seguintes.

metodológico, que eles não se contiveram diante da lacuna de posituação legislativa. Assim, encontraremos decisões por volta dos anos 1930, nas quais, invocada a boa-fé, contratos seriam revistos depois das circunstâncias econômicas subjacentes se alterarem essencialmente; dos anos 1950, houve duas decisões do STF em que cláusulas contratuais formuladas previamente seriam controladas pela referência ao princípio da boa-fé. Por fim, encontra-se, por exemplo, uma decisão do STF, de 1978, firmando a proibição do comportamento contraditório.

Certamente todas essas decisões restaram sempre um tanto isoladas, e dificilmente poderiam ser apontadas como uma corrente jurisprudencial robusta. Nesse passo, aparentemente a falta da previsão legislativa da boa-fé objetiva teve, de fato, um efeito.²⁵ Exigir-se-ia do juiz que visasse invocar a boa-fé não só maior coragem e labuta na fundamentação, mas ainda haveria um obstáculo processual: para a interposição de recurso aos Tribunais Superiores, um dos requisitos de admissibilidade é a necessária hostilização à violação ou interpretação contraditória de uma norma federal escrita, que, em matéria de boa-fé objetiva, inexistia. Por isso que o STF e, mais tarde, o STJ, eram confrontados raramente com questões jurídicas tais; estavam, pois, limitados quanto à possibilidade de construir uma jurisprudência contínua no tema.

Finalmente, houve circunstância decisiva para essa aplicação hesitante do princípio pelos tribunais: a doutrina brasileira, na primeira metade do século XX, não havia fornecido nenhuma elaboração seminal dentro desse tema. Pois, como demonstram as experiências de outros países – de se mencionar, ao lado da Alemanha, também Portugal e Espanha – tal base teórica é um pré-requisito indispensável para que determinadas doutrinas encontrem sua brecha e caminho na prática jurídica.²⁶

Quando ocorreu o marco decisivo na literatura jurídica brasileira? Ele pode ser datado quase exatamente no ano de 1964. Então, sobreveio um trabalho pioneiro, “A Obrigação como Processo” de autoria do grande jurista comparatista *Clóvis do Couto e Silva* (1930-1992), que, assim como muitos membros da Associação de Juristas Germano-Lusitanos, teve sua formação acadêmica na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.²⁷ O livro

²⁵ Quanto às consequências, em sentido próximo, *Schmidt*, ver nota nº 8, p. 442 e seguintes.

²⁶ Para o desenvolvimento do direito espanhol, entre outras coisas, a tradução de 1977 da obra de *Franz Wieacker* “Por uma especificação doutrinária do §242, BGB” (Tübingen, 1956) foi de central significação, sobre isso ECKL, ver nota nº 16, p. 7. Para o desenvolvimento em Portugal *Schmidt*, ver nota nº 8, p. 468 e seguinte.

²⁷ Para mais observações acerca do trabalho de Couto e Silva, ver: *Schmidt*, nota nº 8, p. 72 e seguintes.

de *Couto e Silva*,²⁸ reimpresso várias vezes desde sua primeira publicação, proporcionou uma recepção abrangente da doutrina da *bona fides* no seu entendimento moderno e “germânico”. Como o autor já deixou claro no prefácio da obra, ele se baseou principalmente nos livros didáticos de *Karl Larenz* e *Josef Esser* sobre a doutrina das obrigações e, também, nos comentários sobre o § 242 do BGB de *Staudinger* e *Soergel*. Assim, *Couto e Silva* consultou todas as grandes autoridades do direito das obrigações alemão da época. A forte influência de *Larenz* também pode ser observada na obra “A Obrigação como Processo”, pois *Larenz* falava da obrigação como um “processo” (dt. *Prozess*) e uma “estrutura” (dt. *Gefüge*),²⁹ de forma a evidenciar a passagem de um entendimento estático para um dinâmico.

Couto e Silva procurou auxiliar na aplicação da prática do princípio da boa-fé para o avanço futuro, sobretudo ao afirmar que esse princípio permeia todo o direito civil brasileiro mesmo sem estar positivado, como o § 242 do BGB.³⁰ Também neste ponto o jurista provavelmente se inspirou em *Larenz*, que disse que os princípios éticos legais, como o da boa-fé, não devem sua validade ao § 242 do BGB, mas são dados ao legislativo como “postulados indicativos de tendências de correção da Lei”.³¹ Em 1980, *Couto e Silva* fez outra contribuição ao tema da boa-fé ao escrever “O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português”.³² Finalmente, seu trabalho foi aprofundado por sua aluna, *Judith Martins-Costa*, também de Porto Alegre, em obra publicada em 1999, “A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional”.³³

Nesse contexto, porém, também importa referir a contribuição da ciência jurídica (dt. *Rechtswissenschaft*) portuguesa. Embora ela apenas tenha se vinculado ao direito alemão depois do brasileiro, a doutrina germânica a influenciou de forma mais intensiva.³⁴ Para o tema dessa exposição, merece destaque uma obra publicada em 1984, com quase 1.400 páginas, nomeada

²⁸ Por exemplo, *Clóvis do Couto e Silva*, A obrigação como processo, São Paulo: José Bushatsky, 1976.

²⁹ *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Vol. I: Allgemeiner Teil, 14ª Ed, Munique: 1987, § 2 V.

³⁰ *Couto e Silva*, ver nota nº 25, p. 30.

³¹ *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2ª Ed., Berlin e outras, 1969, p. 460, 264.

³² Ver nota nº 25.

³³ Publicado pela editora Revista dos Tribunais, São Paulo. A tão planejada segunda edição ainda não foi publicada.

³⁴ Ver: *Erik Jayme*, Guilherme Moreira (1861-1922) und die deutsche Pandektistik, in: Erik Jayme, Heinz Peter Mansel (Org.), Auf dem Weg zu einem gemeineuropäischen Privatrecht – 100 Jahre BGB und die lusophonen Länder, Baden-Baden: 1997, p. 63-71.

“Da Boa-Fé no Direito Civil” de *Antônio Menezes Cordeiro*,³⁵ que fez sua especialização baseada em *Canaris*, em Munique. O autor trata das características subjetivas e objetivas da boa-fé com uma profundidade e rigor também sem paralelo no direito alemão. Assim como outros livros de autores portugueses, essa obra exerceu grande influência no Brasil³⁶ e serviu especialmente aos juristas que não tinham acesso direto às fontes alemãs.

A partir desse trabalho preparatório, foi lançado o fundamento para que cada vez mais os tribunais aplicassem o princípio da boa-fé e, certamente, não foi por acaso que o estado do Rio Grande do Sul foi pioneiro nesse aspecto.³⁷ As decisões foram divididas pela doutrina brasileira, de acordo com o método estabelecido por *Franz Wieacker*,³⁸ entre “grupos funcionais” ou “grupos de caso”: 1) a justificativa e a especificação das obrigações contratuais principais (dt. *Hauptpflichten*) e acessórias (dt. *Nebenpflichten*); 2) o restabelecimento do equilíbrio contratual em caso de circunstâncias imprevisíveis e 3) a proibição ou do exercício inadmissível de direito (dt. *Unzulässige Rechtsausübung*).³⁹

O avanço definitivo do princípio da boa-fé no direito brasileiro foi alcançado com a implementação da lei de defesa do consumidor, o chamado “Código de Defesa do Consumidor” (CDC) de 1990,⁴⁰ no qual ele desempenha um papel sobretudo nas disposições de controle de cláusulas contratuais abusivas (dt. *Missbräuchliche Vertragsklauseln*).⁴¹ Isso permitiu aos tribunais se inspirarem cada vez mais a aplicá-lo fora dessa lei; e o número de decisões relacionadas à boa-fé, dentro ou fora das relações de consumo, tem aumentado constantemente desde 1990.⁴²

³⁵ Publicado pela editora Almedina, Coimbra.

³⁶ É citado em STJ, REsp 95.539/SP, Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 03/09/1996, onde se tratava da proibição de comportamentos contraditórios.

³⁷ Conforme *Schmidt*, nota nº 8, p. 436 e seguintes.

³⁸ Ver nota nº 8 e, também, *Whittaker/Zimmermann*, nota nº 27, p. 22 e seguintes.

³⁹ Para *Judith Martins-Costa*, *Gerson Branco*, *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 199. *Gustavo Tepedino*, *Heloisa Helena Barboza*, *Maria Celina Bodin de Moraes*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, Vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, art. 422 (p. 17 e seguintes), que se reportam diretamente a *Wieacker*. O trabalho de *Wieacker* também foi citado na sua tradução espanhola de 1977 na jurisprudência brasileira, ver TJRS, Apelação Cível, 589073956, julg. 19/12/1989, Revista de Jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul 145 (1991), p. 320 e seguintes.

⁴⁰ Lei nº 8.078/1990. Se ela é corretamente denominada pelos juristas brasileiros como *Gesetzbuch* (“Código”) é duvidoso, para mais detalhes ver *Schmidt*, nota nº 8, p. 234 e seguintes.

⁴¹ Art. 51, IV, CDC (além disso, também art. 4º, III, CDC), sobre isso *José Carlos Moreira Alves*, *A boa-fé no sistema contratual brasileiro*, Roma e America 7, 1999, p. 187, 202.

⁴² Mais detalhado em *Schmidt*, ver nota nº 8, p. 437 e seguintes.

2. O princípio da boa-fé no Código Civil de 2002

Qual é a situação jurídica atual no âmbito do Código Civil de 2002? Aqui, o princípio da boa-fé, por assim dizer, finalmente recebeu o reconhecimento que merece ao ser incluído em uma série de disposições centrais. Uma delas é o art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.⁴³ A proximidade com o § 242 BGB é inequívoca, mesmo que os modelos diretos possam ter vindo mais do direito italiano.⁴⁴

Tendo em vista o desenvolvimento acima descrito, já ocorrido antes do CC/2002, pode-se dizer que o art. 422, em si, representa apenas uma espécie de recodificação. Ele somente reproduz o que de qualquer forma já era reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência. Mesmo assim, a introdução do novo dispositivo merece, em princípio, elogios: ela criou um ponto de referência formal para a aplicação do princípio da boa-fé. Desse modo, torna mais fácil a aplicação do princípio pelos tribunais, e – isto parece particularmente importante – facilita o trabalho da ciência que analisa e sistematiza decisões proferidas com base no princípio da boa-fé.⁴⁵ Essa vantagem é particularmente evidente na literatura de comentários (dt. *Kommentarliteratur*), na qual os leitores agora podem ir a um artigo específico se quiserem saber mais sobre a boa-fé objetiva.

Para além do art. 422 do CC/2002, o princípio também se encontra atualmente no art. 113 do CC/2002, o qual dispõe sobre a interpretação dos contratos (dt. *Vertragsauslegung*) e no art. 187 do CC/2002, sobre o abuso de direito (dt. *Rechtsmissbrauch*).⁴⁶ O art. 422 do CC/2002 fica, assim, dispensado desses pontos; seu principal âmbito de aplicação provavelmente seja na área das obrigações contratuais acessórias.⁴⁷

Apesar dessas conclusões positivas, a codificação do princípio da boa-fé foi, sim, imperfeita em alguns pontos, imperfeição já salientada até mesmo durante o processo legislativo, infelizmente sem eco.⁴⁸ Daí que se pergunte por que o art. 422 do CC/2002 prescreveu a observância da boa-fé tão somente

⁴³ No original: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁴⁴ Ver os arts. 1.337 e 1.375 do *Codice Civile*.

⁴⁵ Sobre esta função geral das cláusulas gerais, *Schmidt*, ver nota nº 8, p. 406 s.

⁴⁶ Para mais detalhes, ver: *Schmidt*, nota nº8, p. 461 e seguintes.

⁴⁷ Assim também STJ, REsp 857299/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 3.5.2011, publicado no DJe de 13.6.2011, p. 11 da decisão.

⁴⁸ Mais sobre, ver: *Schmidt*, nota nº 8, p. 502 e seguintes.

para contratos, deixando de abranger, ao contrário do § 242 do BGB, todas as relações obrigacionais. Depois, se criticou justamente a redação do art. 422/CC, pois tal dificulta a incidência sobre as fases pré e pós-contratuais, conquanto sejam ambas um importante campo de aplicação do princípio da boa-fé. Como um todo, o legislador brasileiro perdeu a chance de plasmar claramente as diferentes áreas de aplicação da boa-fé objetiva, facilitando, com isso, o seu manejo. Para esta finalidade, ele poderia ter se orientado em numerosos modelos de outros ordenamentos jurídicos, como o que se dispõe claramente no art. 227, número 1, do Código Civil português de 1966, quanto a negociações contratuais: “1. *Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*”.

O legislador deve sempre se esforçar para fundamentar, o mais concreto possível, em regra, tudo aquilo que, na prática do direito, já foi destilado do princípio da boa-fé. Neste sentido, fala-se também da função de passagem interrelacional (dt. *Durchgangsfunktion*) da *bona fides*.⁴⁹ Já no direito romano, institutos foram conhecidamente construídos a partir da boa-fé, como a garantia contra os vícios redibitórios ou a indenização, ainda que tal relação não seja conhecida frequentemente hoje. Em tempos mais recentes, pode-se ilustrar muito bem a função de passagem da boa-fé na modernização do direito obrigacional alemão de 2002: no seu âmbito, foram terceirizados do campo de aplicação do § 242 do BGB e regulamentados de modo individualmente independente os deveres contratuais laterais (§ 241, Abs.2, BGB), a ruptura da base negocial (dt. *Wegfall der Geschäftsgrundlage*) (§ 313, BGB) ou a *culpa in contrahendo*.⁵⁰ Um tal proceder faz a codificação mais transparente e simpática à aplicabilidade, ao mesmo tempo em que a cláusula geral continua à disposição para futuros desenvolvimentos do Direito.

IV. O princípio da boa-fé na legislação brasileira atual

O novo código civil já está em vigor há 10 anos, tempo suficiente para tirar uma primeira conclusão cautelosa sobre a aplicação do princípio da boa-fé sob sua regência. Uma pesquisa jurisprudencial (dt. *Urteilsrecherche*) mostra, rapidamente, que o princípio da boa-fé objetiva, há muito tempo, faz parte do dia-a-dia da prática jurídica brasileira. Mesmo na jurisprudência do

⁴⁹ Mais sobre, ver: *Schmidt*, nota nº 8, p. 504.

⁵⁰ Aí também *Eckl*, ver nota nº16, p. 35 e seguintes.

STJ, já existe uma série de decisões sobre o assunto que de forma alguma se restringem ao direito privado.⁵¹

Uma análise do conteúdo das decisões, que se limita inevitavelmente a uma seleção restrita, expõe luz e sombra acerca do tema. A aplicação do princípio da boa-fé demonstra-se frequentemente convincente, por exemplo quando dela decorrem obrigações de cooperação contratual⁵² ou quando é utilizada para limitar direitos contratuais por meio da *suppressio*.⁵³ Outras tendências, por outro lado, são menos encorajadoras ou devem ser notadas com maior preocupação. Elas serão examinadas em mais detalhes abaixo.

1. O apelo à boa-fé como uma frase retórica

Quando se realiza uma pesquisa de decisões nas bases de dados *online* dos tribunais utilizando os critérios de busca da boa-fé (objetiva) ou do art. 422 do CC/2002, milhares de decisões são trazidas à tona, principalmente nas instâncias inferiores, números que dificilmente poderão ser avaliados aqui de forma prudente. Isso não significa que o princípio da boa-fé foi essencial para as decisões em todos esses julgamentos. Ao contrário, um olhar mais atento mostra que a boa-fé, muitas vezes, é citada apenas como uma expressão

⁵¹ O STJ chegou a emitir parecer sobre o assunto em 17/03/2013 com um panorama das decisões mais recentes, ver <www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108925>. Muitas das decisões do STJ ainda se baseiam na antiga lei (dada a longa duração dos processos judiciais no Brasil), no entanto, isto não fez qualquer diferença em matéria de boa-fé, uma vez que os tribunais, antes da chegada do CC/2002, adotaram uma cláusula geral não escrita que tão só foi confirmada no CC/2002.

⁵² STJ, 03/05/2011, conforme nota nº 50. No caso em questão, o devedor brasileiro disposto a pagar não poderia prestar seu serviço ao credor com sede na Itália porque este não havia depositado os documentos exigidos no Banco Central do Brasil para a operação de pagamento internacional. O STJ entendeu isso como o descumprimento de uma obrigação contratual de cooperação decorrente de boa-fé, o que acarretou a ocorrência de inadimplência do credor e, assim, evitou a inadimplência do devedor (com a consequência de que não houve juros de mora).

⁵³ STJ, REsp 1.202.514/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 21/06/2011, DJe 30/06/2011. A decisão teve por base uma obrigação de trato sucessivo relativa à prestação de serviços jurídicos. O prestador de serviço tinha o direito contratual de que o valor mensal a ser pago pelo cliente fosse reajustado anualmente. No entanto, o prestador de serviço não exerceu esse direito pelo período de seis anos. Após o término do contrato, solicitou retroativamente o pagamento da correção monetária do valor, visto que o cliente enriqueceu ilícitamente com isso (o contrato teria sido uma base mais convincente para o pedido). O STJ negou provimento ao recurso, pela perda do direito pelo não exercício (dt. *Verwirkung*), cujos reajustes não foram exigidos pelo prestador, uma vez que não quis prejudicar a continuidade da relação contratual. A decisão não se pronunciou sobre a questão da prescrição, que, evidentemente, deveria ser apreciada de forma preliminar, vez que o respectivo prazo ainda não havia expirado. Da mesma forma, o instituto da *suppressio* seria aplicado no STJ, REsp 1190899/SP, Min. Rel. Sidnei Beneti, julg. 12/06/2011, DJE 02/07/2012. O raciocínio para a decisão até cita literalmente *Palandt* (p. 16).

retórica (dt. *rhetorische Floskel*), mas a decisão se fundamenta pela aplicação da normativa pertinente. Essa abordagem parece ser particularmente popular em casos de vícios materiais (dt. *Sachmängelgewährleistung*): depois que as normas especiais já decidiram efetivamente o caso, o vendedor é finalmente cientificado de que frustrou as expectativas do comprador de modo desleal (dt. *in treuwidriger Weise*)⁵⁴ ao vender um item com vício. Lidar dessa forma com o princípio da boa-fé não é, de forma alguma, um fenômeno puramente brasileiro. Hedemann já havia reclamado que o “embelezamento” das decisões pela boa-fé “se tornou o esporte da geração de juristas atuais” e que os julgamentos limpos, bem construídos, “ao final” ainda são “coroados” com “bons costumes” (dt. *“guten Sitten”*) ou com a “boa-fé”.⁵⁵ Ainda, resta saber se os julgamentos brasileiros são sempre construídos com cautela; de qualquer modo, claramente muitos juízes têm a visão de que outorgam legitimidade e poder de convencimento adicionais às fundamentações com a invocação da boa-fé.

À primeira vista, esse manuseio um tanto imprudente do princípio da boa-fé, parece inofensivo, pois possibilita que as disposições pertinentes façam justiça. No entanto, existem também vários perigos inerentes a ele que não devem ser subestimados. Em primeiro lugar, dificultam desnecessariamente a tarefa da comunidade jurídica (dt. *Rechtsgemeinschaft*) de analisar as decisões, uma vez que não é facilmente reconhecível se a aplicação da boa-fé no caso em questão traz ou não o resultado. Além disso, existe o risco de uma certa banalização do princípio da boa-fé, o que poderia a longo prazo levar ao seu descrédito. Por fim, alguns tribunais, em seu apelo a um comportamento honesto, se deixam levar por declarações imprecisas em sua generalidade e podem levar outros juízes a decisões erradas. Se, por exemplo, o vendedor de uma coisa com vício for acusado de quebra de confiança (dt. *Treuwidrigkeit*), poder-se-ia concluir que ele ainda deve ser responsável mesmo após o término

⁵⁴ Ver, por exemplo, TJMG, Apelação Cível 1.0024.08.969367-5/001, julg. 11/12/2012; TJMG, Apelação Cível 1.0145.06.340993-5/001, julg. 26/10/2010. Essa abordagem é também encontrada na jurisprudência da corte superior, ver STJ, REsp 984.106/SC, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, julg. 04/10/2012, DJe 20/11/2012.

⁵⁵ Hedemann, ver nota n° 17, p. 64.

dos períodos de garantia⁵⁶ (dt. *Ablauf der Gewährleistungsfristen*). O perigo mencionado também pode ser bem ilustrado pela seguinte decisão do STJ:⁵⁷

Os pais do devedor tinham dado ao credor uma hipoteca sobre seu imóvel como garantia do empréstimo concedido. Este imóvel, no qual eles convivi-
am com o devedor, como *bem de família*, gozava de proteção contra a
penhora; entretanto, de acordo com o art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90, essa
proteção não se aplica no caso em que o imóvel é oferecido como uma
garantia real para um crédito que beneficie economicamente a família.
O STJ afirmou no caso a existência dessas condições, o que poderia
ter sido o fim da questão. Contudo, ele também baseou o resultado do
julgamento no princípio da boa-fé: ele proíbe oferecer uma garantia sem
valor ao credor (pois ela é impenhorável).

Esta última consideração parece não apenas supérflua, mas também imprecisa em sua generalidade. Isso porque, salvo as exceções previstas no art. 3º da Lei nº 8.009/1990, o legislador deu intencionalmente prioridade à proteção dos interesses da família aos interesses dos credores, na medida em que a constituição de uma garantia sobre o *bem de família* não afete a sua proteção contra a penhora (dt. *Pfändungsschutz*), e essa avaliação também deve, é claro, ser respeitada pelos tribunais.⁵⁸ O esforço frequente para garantir um resultado através também da referência à boa-fé revela uma má compreensão geral sobre sua relação com as normas jurídicas especiais. Estas não estão de forma alguma desvinculadas do princípio da boa-fé, mas sim, em muitos casos, o expressam em termos concretos. Por último, mas não menos importante, as disposições acerca da garantia de vícios na coisa (dt. *Sachmängelgewährleistung*) constituem, como visto,⁵⁹ uma avaliação diferenciada dos interesses originalmente decorrentes do princípio da *bona fides*.⁶⁰ Se um

⁵⁶ N.T: Ou seja, ao término do prazo das “normas de garantia” (dt. *Gewährleistungsrecht*): normas legais destinadas a garantir que a prestação seja cumprida isenta de vícios, distintas da “garantia” voluntária, como aquela ofertada por um fabricante. (JURA FORUM, *Gewährleistung nach BGB – Gesetzliche Definition, Erklärung & Rechte des Käufers*. Disponível em: <<https://www.juraforum.de/lexikon/gewahrleistung>>. Acesso em: 01. dez. 2021.

⁵⁷ STJ, REsp 1141732/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 9.10.2010, DJe 22.11.2010.

⁵⁸ No caso da constituição voluntária de um imóvel como bem de família, disciplinada nos arts. 1.711/1.722 do CC/2002, o credor não tem, em nenhuma hipótese, direito à proteção, vez que a eficácia da constituição requer o registro no Registro de Imóveis, sendo, assim, reconhecível (art. 1714 CC/2002).

⁵⁹ Ver nota nº 52.

⁶⁰ Ver *Martin Josef Schermaier*, *Bona fides in Roman contract law*, in: *Simon Whittaker; Reinhard Zimmermann* (org.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge: 2000, p. 63-92, 66 e seguintes.; *Detlef Liebs*, *Römisches Recht*, 4ª ed., Göttingen: 1993, p. 285 e seguintes.

resultado encontrado for também baseado no princípio da boa-fé, isso não constitui uma justificação adicional, mas sim uma justificação tautológica.

Resta-nos esperar que os tribunais brasileiros tomem consciência desta percepção com o passar do tempo e, de forma semelhante aos tribunais alemães no passado, passem a invocar o princípio do boa-fé somente quando ele realmente levar ao resultado, mas, caso contrário, se abstenham de usá-lo como uma decoração supérflua e potencialmente enganosa. Isto também lhes poupará um valioso tempo de trabalho na gestão de seu volume de casos,⁶¹ o qual é inimaginável pelos padrões alemães.

2. *A utilização da boa-fé como varinha mágica*

Outro uso do princípio da boa-fé é ainda mais problemático, conquanto não diário, mas mesmo assim ocasionalmente encontrável: a utilização dele como “varinha mágica” que leva o juiz ao resultado desejado do modo mais rápido.⁶² Inquietante aqui não é só a iminente desconsideração das valorações legais específicas; também a “aplicação” da boa-fé se limita tipicamente nestes casos à concatenação de formulações abstratas sobre o comportamento probado que, no fim, não dizem coisa alguma,⁶³ seguindo-se a apodítica conclusão de que no caso enfrentado houve lesão a este *standard*. O exemplo que segue, da antiga jurisprudência do STJ,⁶⁴ no qual já em sua ementa evidencia-se a circularidade,⁶⁵ fornece material ilustrativo de valor:

As partes de um contrato de locação comercial concluído de forma escrita convencionaram o seu distrato verbalmente. Todavia, o distrato também foi expresso de modo escrito; porém, no fim, o documento respectivo ao acordo não foi assinado pelo proprietário. Depois disso quis esse proprietário se fundar na invalidade do distrato por vício de forma, levantando a subsistência da relação locatícia. O então aplicável art.1093 (CC/1916 – correspondente ao art.472 – CC/2002) previa que um distrato deveria seguir a mesma forma do contrato que tornasse sem efeitos – o

⁶¹ Sobre a dramática sobrecarga do judiciário brasileiro *Jan Peter Schmidt*, XXX. Jahrestagung der Deutsch-Brasilianischen-Juristenvereinigung in: *Santos*, Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung 1 / 2012, 6, 9.

⁶² Ver sobre o risco de má utilização das cláusulas gerais, em *Schmidt*, nota nº 8, p. 453 e seguintes.

⁶³ Ver também sobre esse problema geral in: *Whittaker; Zimmermann*, nota nº 18, p. 30: “Nothing has, so far, been said about what good faith actually means. The reason for this is that not much can be said, and what can be said is not very helpful for deciding concrete cases”.

⁶⁴ STJ, REsp 1.040.606/ES, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julg. 24.4.2012, DJe 16.5.2012.

⁶⁵ “É que os institutos ligados à boa-fé objetiva... repelem atos que atentem contra a boa-fé objetiva...”.

paralelismo das formas. A controvérsia reinante era, sobretudo, se isso também se impunha quando a forma escrita do primeiro contrato não era prescrita por lei, mas sim livremente escolhida pelas partes – como no caso enfrentado. O próprio STJ havia negado essa obrigatoriedade em decisões prévias, com vozes fortes na doutrina sustentando esse posicionamento. Portanto, mais uma vez nesse caso, o tribunal poderia ter fundamentado a validade do distrato verbal firme na inaplicabilidade do art.1093 CC/1916, sem maiores problemas. Em vez disso, a decisão deixou em aberto a interpretação dessa disposição, fundamentando a validade formal do distrato com prolixas considerações sobre o princípio da boa-fé, dentro das quais logo trouxe à descoberto uma paleta cheia de emanações individuais da boa-fé: A proibição do *venire contra factum proprium*, a *suppressio*, a *surrectio* e a objeção *tu quoque*. Em uma única frase, o STJ levou essas emanações gerais ao caso concreto: o locador não pode, em abuso de direito, se valer da sua própria torpeza, em que ele retira da falta de assinatura do acordo, que ele anuiu verbalmente, a invalidade formal.⁶⁶

A atuação do STJ aparenta ser metodologicamente insatisfatória por diversas razões. De início, a Corte tinha de responder se o art. 1093 do CC/1916 exigia ou não o paralelismo das formas no caso enfrentado. Entendendo-se que não, o resultado manifestamente desejado já estaria atingido por um caminho rápido, e demais considerações teriam se tornado supérfluas. Ao contrário, caso se afirmasse necessária a forma escrita para o distrato, essa mesma necessidade não poderia ser, subsequentemente e de modo sucinto, lesada por meio de uma obscura referência à boa-fé.⁶⁷ Um acertamento verbal não obriga as partes a à assinatura de uma versão escrita correspondente; de outra forma a exigência formal estaria esvaziada. No máximo, quando uma parte der ensejo doloso ao vício de forma, levando, com isso, a ineficácia do negócio a resultados inaceitáveis, é que se deve considerar a rejeição de um recurso.⁶⁸ Se tais condições existiram aqui e talvez até tenham dado o

⁶⁶ Ver nota n°66, fl.16.

⁶⁷ Também a jurisprudência alemã inclinou-se nesse sentido por longo tempo, até mesmo extraindo eficácia dos contratos em casos de mera inobservância culposa da forma, por razões de equidade, e nas assim chamadas doações de terras (dt: *Hofübergabefällen*) mantém-se firme nesse passo até hoje, apesar de todas as críticas, vide *Werner Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3.ed, Berlin U.A. 1979, p.272-276; *Rudolf Meyer-Pritzl*, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, organizado por *Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann*, Tomo I: *Allgemeiner Teil*, §§1 – 240, Tübingen 2003, §§ 125-129, ver ponto n°33 e seguintes.

⁶⁸ Cf. os casos “Edelmann” e “Mercador Real” da jurisprudência alemã – não uniformemente decididos, daí com mais considerações em *Dieter Medicus/Jens Petersen*, *Bürgerliches Recht*, 23. Aufl., München 2011, ponto n° 181; sobre a discussão também *Flume*, ver nota n° 69 , p.270 ss.

encaminhamento para o resultado, a decisão não nos permite descobrir; de qualquer modo, a acusação de conduta dolosa (dt. *arglistiges Handeln*) não foi feita ao locador.

A respeito do *venire contra factum proprium e tu quoque*, a decisão do recurso no STJ erra no alvo, sem falar nas instituições jurídicas da *supressio* (dt. *Verwirkung*) e *surrectio* (dt. *Erwirkung*), que exigem certo comportamento regular (dt. *regelmäßiges Verhalten*) durante um certo período de tempo. Se houvesse uma exigência formal, seu descumprimento não poderia ser simplesmente qualificado como uma má-conduta (dt. *Fehlverhalten*). Da mesma forma, a invocação de um vício de forma não constitui um comportamento contraditório (dt. *widersprüchliches Verhalten*), que deve ser desaprovado. Precisamente, a forma nula “por própria culpa” (dt. *Selbstverschuldete*) pode ser aplicada;⁶⁹ aqui, interessante, a “quebra de promessa” (dt. “*Wortbruch*”) foi prevista e aceita pelo legislador.⁷⁰ Aplica-se, daí sim, o *venire contra factum proprium* quando o proprietário, por exemplo, em um primeiro momento tratar o negócio como eficaz e se aproveitar dele, e depois insistir que era nulo

⁶⁹ Isso também afetaria a decisão do STJ, REsp 1.192.678/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 13/11/2012, DJe 26/11/2012, que dizia respeito à validade de uma caução (nota promissória) que tinha sido assinada digitalmente. Em contraste com a decisão discutida anteriormente, no entanto, as disposições legais relevantes foram inicialmente examinadas com muito cuidado. Na opinião do Tribunal, era necessária uma assinatura manuscrita (assinatura de próprio punho), falta que por si só teria acarretado na nulidade da caução. No entanto, o STJ negou ao signatário o direito de invocar essa deficiência formal, referindo-se à função limitadora da boa-fé, especialmente citando as máximas latinas do *tu quoque* e do *venire contra factum proprium* para esse efeito. Esta decisão também decepciona no ponto decisivo devido à sua pouca profundidade na argumentação; a razão dada não pode ser correta em sua generalidade, uma vez que teria por consequência o rebaixamento das exigências formais a recomendações não vinculantes. O tribunal poderia ter chegado ao resultado desejado (cujas correções, é claro, de forma alguma parece inequívoca) mais convincentemente de outra maneira. A certa altura, ele poderia ter argumentado que a violação formal era irrelevante no presente caso, porque os objetivos formais (acima de tudo, provavelmente a função probatória do documento) também foram alcançados com a assinatura digitalizada. O STJ poderia, então, naturalmente ter proibido a invocação do vício de forma com a repreensão da má-fé, fixando que o fiador conscientemente deu uma assinatura digitalizada, que não foi reconhecida como tal pelos beneficiários, conquanto aceita, para depois se fundar no vício de forma. No entanto, o STJ não acusou o expositor de má-fé, apenas preceituou o não cumprimento dos requisitos formais. No entanto, pelo que foi trazido de fundamentos, nenhum comportamento reprovável pode ser visto. O Min. Ricardo Villas Bôas Cueva discordou do resultado, enfatizando no seu voto individual a significância excepcional do princípio do rigor formal no direito cambiário. Isto é pertinente em si mesmo, mas não foram trazidos os argumentos decisivos contra a aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* neste caso.

⁷⁰ Conforme *Flume*, ver nota n° 69, p. 272.

e sem efeito,⁷¹ ou se culposamente desse ao inquilino a impressão de que não queria invocar a nulidade.⁷²

Em casos como esses, dois outros termos que atualmente estão em alta no direito brasileiro e que são frequentemente mencionados junto à boa-fé são a “*dignidade da pessoa humana*”⁷³ e a “*função social do contrato*”.⁷⁴ As decisões cuja fundamentação se limita a mencionar apenas o “enunciado” estereotipado dessas fórmulas abstratas, sem especificá-las em termos concretos, são incompreensíveis para quem está de fora e, na verdade, não se consideram fundamentadas.⁷⁵ Sobre o mesmo fenômeno, encontramos um comentário mordaz de *Hedemann* acerca da legislação alemã, que escreveu em 1933: “Especialmente para naturezas mais fracas, deve ter um som sedutor: ser um juiz moral, não um escravo da lei, proclamador/mensageiro da boa-fé!”⁷⁶ É tarefa da ciência descobrir e criticar esses abusos.⁷⁷ A doutrina brasileira definitivamente precisa trabalhar com mais profundidade e energia nessa matéria, pois, muitas vezes, mostra-se muito respeito pelas decisões dos

⁷¹ Da doutrina alemã *J. von Staudingers*, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (-Christian Hertel)*, Neubearbeitung 2012, Berlin, §125, nota nº114 com demais considerações.

⁷² Muito claramente sobre a aplicabilidade limitada do princípio *venire contra factum proprium* em negócios jurídicos nulos: *Elena de Carvalho Gomes*, *Entre o Actus e o Factum: Os Comportamentos Contraditórios no Direito Privado*, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 103-106.

⁷³ Sobre seu uso inflacionário em todas as áreas do direito, ver: *João Baptista Villela*, *Variações Impopulares sobre a dignidade da pessoa humana*, in: Superior Tribunal de Justiça – Doutrina – Edição Comemorativa – 20 anos, Brasília: 2009, p. 562-581.

⁷⁴ Como um típico exemplo, ver: TJRS, Recurso Cível 71001550946, Primeira Turma Recursal Cível, julg. 17.4.2008. Do lema: “A ameaça de não renovação do contrato ... viola os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana”. Ver também: STJ, AgRg no REsp 1.272.995/RS, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia, julg. 07/02/2012, DJe 15/02/2012. A “função social do contrato” consta no polêmico Art. 421 do CC/2002, para mais detalhes ver *Schmidt*, conforme nota nº 8, p. 471 e seguintes.

⁷⁵ Já cedo Ruy Rosado de Aguiar, também gaúcho e posteriormente nomeado ministro do STJ, assinalou que a aplicação de uma cláusula geral exige do juiz uma justificativa especialmente criteriosa. (O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidades, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 18, (2000), p. 221/227).

⁷⁶ *Hedemann*, conforme nota nº 17, p. 71.

⁷⁷ A estreita cooperação entre o ensino e a jurisprudência é um pré-requisito geral para um tratamento profícuo das cláusulas gerais, mais disso em *Schmidt*, nota nº 8, p. 414, 446 e seguintes.

tribunais, e refere-se apenas aos princípios orientadores – muitas vezes cheios de palavras e vazios de conteúdo.⁷⁸

Por fim, deve-se mencionar que as críticas aos desenvolvimentos atuais apresentadas aqui foram propositalmente mantidas de forma um tanto parcial para não perder de vista os perigos conexos, tendo em vista a euforia generalizada sobre a chegada do princípio da boa-fé no direito brasileiro. Por uma questão de justiça, porém, não se deve ignorar que o próprio STJ já reconheceu e corrigiu alguns dos desenvolvimentos indesejáveis acima mencionados.⁷⁹

V. Observações finais

Nós vimos que o direito alemão tem sido uma fonte contínua de inspiração para os juristas brasileiros há 150 anos. Um dos capítulos mais recentes e bem-sucedidos dessa história é a ampla recepção da doutrina alemã da boa-fé. Se, é claro, esta doutrina tem em geral causado um grande impacto no exterior, assim o Brasil, por sua vez, parece estar, de certa forma, entre seus alunos mais leais.

Além disso, foi demonstrado mais uma vez que os processos de recepção não acontecem de forma anônima e abstrata, mas sim são geralmente determinados por pessoas singulares. Assim como foram *Augusto Teixeira de Freitas* e *Clóvis Beviláqua* no século XIX, os quais se voltaram decididamente para o direito alemão e assim influenciaram o direito privado brasileiro até os dias de hoje, no tema da boa-fé, foi a contribuição de Clóvis do Couto e Silva que marcou um ponto de inflexão, sem o qual o direito das obrigações brasileiro teria hoje outro aspecto.

Uma pesquisa sobre o significado da boa-fé na prática jurídica brasileira atual mostra vários paralelos com a experiência do direito alemão.

⁷⁸ Um exemplo vívido, STJ, REsp 981.750/MG, Relatora: Min. Nancy Andrighi, julg. 13.04.2010, DJE 23.4.2010: “A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquetipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquirar seu comportamento de violador da boa-fé objetiva”.

⁷⁹ Ver, por exemplo, STJ, REsp 966.163/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 26.10.2010, DJE 04.11.2010: os tribunais de primeira instância decidiram, sem grande cerimônia, fortes no Art. 422 do CC/2002, pela proibição da rescisão de contrato de concessão automobilística de longo prazo. O STJ acertadamente negou tal interpretação do dispositivo, apontando que a pertinente “Lei Ferrari” (Lei nº 6.729/1979) regulamentou detalhadamente o problema em questão e que o concessionário apenas teria direito à indenização e não à continuidade do contrato. A única coisa que ainda teria sido desejável seria que o STJ tivesse condenado com ainda mais clareza o “golpe” de contornar tais regimes diferenciados por meio da cláusula geral do Art. 422 CC/2002 – regimes estes que podem voltar a ser vistos como uma concretização da boa-fé.

Essas não se manifestam só na utilização de diferentes institutos jurídicos decantados do § 242 do BGB, como a *supressio*, mas também em desenvolvimentos certamente errados, como quando de invocações da boa-fé vazias de conteúdo para a justificação de decisões fundadas na equidade. O surgimento de uma variante genuinamente brasileira da boa-fé não se pôde conhecer até agora, o que faz se possa vislumbrar uma confirmação da tese que defende que o direito obrigacional não se soma às matérias que carregam notas jus-culturais específicas.⁸⁰

Com certeza, só se conseguirá avaliar essas questões após uma contínua e meticulosa valoração da jurisprudência, essa já hoje cada vez mais difícil de se acompanhar; numa tal realização está atualmente uma das mais importantes tarefas da ciência do direito brasileira.

Manifestam-se, afinal, também no século XXI, as conexões entre os direitos brasileiro e alemão como altamente vibrantes; considere-se, além disso, o papel da ciência jurídica portuguesa como ponte entre Brasil e Alemanha, e os participantes da DLJV não têm de temer o futuro de sua associação!

⁸⁰ Ver mais em *Ole Lando*, *The Principles of European Contract Law and the lex mercatoria*, in: *Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zürich 2000, p. 391 e 394: “Contract law and commercial law are not folklore”.

A nacionalidade da obra de arte como questão jurídica (1992)*

Erik Jayme**

Tradução de Carla Adams Bins Perin e
Gabriela de Vargas Pochmann***, NT

* Versão ligeiramente expandida da palestra de abertura de congresso em 18.10.1990, cuja forma oral foi mantida. O autor fez duas outras exposições sobre temas similares, em 27.10.1990, por ocasião da reunião pública da Academia de Ciências de Heidelberg em Stuttgart sobre o tema "Kunstwerk und Nation-Zuordnungsprobleme im international Kulturgüterschutz"; bem como em 21.11.1990, em Heidelberg (Palácio de Weimar), sobre "Antonio Canova (1757-1822): Zur Ideengeschichte des Internationalen Kulturgüterschutzes". A primeira palestra referida coincide em grande medida com a presente, mas foram incluídas nesta as contribuições das respectivas discussões das palestras. O autor agradece ao senhor *Settimo Manera*, guardião e conservador da *Gipsoteca Canoviana* e da *Casa di Canova*, em Possagno, pelos diversos conselhos. Agradece também ao seu assistente, senhor *Henning Kunze*, pelas valiosas sugestões.

Artigo originalmente publicado em: *Gerte Reichelt* (ed.), *Internationaler Kulturgüterschutz – Wiener Symposion 18/19* de Outubro de 1990, Viena 1992, p. 7-29. Inteiro teor disponível em: https://digi.hadw-bw.de/view/sbhadwphkl_1991_3/0002. Sobre estas e questões semelhantes, ver *Erik Jayme*, *Nationales Kunstwerk und Internationales Privatrecht*, Vorträge, Aufsätze, Gutachten, Gesammelte Schriften Ban 1, Heidelberg, C.F. Müller 1999. Sobre *Antonio Canova*, ver, ainda, *Jayme*, *Antonio Canova and the Nationalisierung der Kunst*, in: *Private Law in the International Arena – From National Conflict Rules Towards Harmonisation and Unification*, Liber amicorum, *Kurt Siehr*, Den Haag, T.M.S. Asser Press 2000, p. 281 e seguintes; *Jayme*, *Antonio Canova: The Political Dimension of Art*, Frankfurter Stiftung für deutsch-italienische Studien 2000. Sobre a proteção europeia de bens culturais, ver o mais recente de *Mußgnug*, *Die deutsche Renitenz gegen das Kulturgutrecht der EG*, *Europarecht* 2000, p. 564 e seguintes.

** Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Erik Jayme LL.M. (Berkeley) é professor e diretor emérito do Instituto de Direito estrangeiro, internacional privado e econômico da Universidade de Heidelberg, Alemanha.

*** Carla Adams Bins Perin e Gabriela de Vargas Pochmann são graduandas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, onde são membros do Núcleo de Pesquisa em Direito Comparado e Internacional, sob orientação da Profª Drª Ms. Lisiane Feiten Wingert Ody.

NT As referências foram deixadas no padrão original, e não no da ABNT, a fim de facilitar o acesso às fontes.

Sumário: I. A proteção das obras de arte nacionais contra a exportação. II. Leis Nacionais – Direito Internacional. III. A “nacionalidade” da obra de arte como um conceito de finalidade – nação e Estado. IV. Nacionalidade da obra de arte e integração da Europa. V. Obras de arte como patrimônio cultural mundial. VI. Questão jurídica e política de restituição. VII. O caso Goya: Direito espanhol nos tribunais ingleses. VIII. A nacionalidade do artista como critério de atribuição: o caso Matisse. IX. Diferença entre local de origem e de destino: Canova na Inglaterra. X. Premissas históricas: Antonio Canova e a obra de arte “nacional”. XI. Quatremère de Quincy: os espólios de guerra franceses e a República das Artes. XII. A proteção de bens culturais como tarefa pública – diálogos de Canova com Napoleão. XIII. Antonio Canova em Paris (1815) – A restituição das obras de arte romanas. XIV. Canova e o retorno de parte da Biblioteca Palatina à Heidelberg. XV. Critérios para a determinação da nacionalidade de uma obra de arte. XVI. Objetos de culto contínuo. XVII. Nacionalidade como resultado da recepção da obra de arte. XVIII. A nação como conceito jurídico. XIX. Nacionalidade e territorialidade como conflito. XX. Identidade nacional e cosmopolitismo.

I. A proteção das obras de arte nacionais contra a exportação

Por vezes, é exigido o impossível dos juristas, nomeadamente, a atribuição jurídica de obras de arte a uma nação específica. De fato, as constituições de muitos países protegem os bens culturais nacionais contra a exportação. A Constituição Espanhola de 1978, por exemplo, contém uma disposição sobre a competência legislativa do Estado para a “*Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación*” (es.) (Art. 149 No. 28).¹ Os detalhes podem então ser encontrados nas leis especiais.² Uma análise recente

¹ Cf. *García Fernández*, *Legislación sobre Patrimonio Histórico*, Madrid 1987, p. 76.

² Para o direito alemão, cf. Lei para Prevenir a Exportação de Bens Culturais Alemães (dt. *Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung*), de 6.8.1955, BGBI. 1955 I, 501. O termo “obra de arte” utilizado nesta palestra cobre apenas parte do termo genérico “bem cultural”. Ele se baseia no termo “*fine art*” (en.), que constitui a base da legislação da Califórnia (California Cultural and Artistic Creations Act 1982); sobre esse assunto, cf. *Merryman*, “Protection” of the Cultural “Heritage?”, em: *Hazard-Wagner* (ed.), *U.S. Law in an Era of Democratization*, 1990, p. 513 e seguintes, 515, nota 12. O conceito de bem cultural é mais amplo, diz respeito, por exemplo, não só ao tesouro da catedral de Quedlinburg, que apareceu no Texas, mas talvez também às cartas do Arquiduque Maximiliano à sua esposa Charlotte da Bélgica, que estão na Universidade de Austin, Texas, cf. *Rosella Fabiani* (ed.), *Mia cara, adorata Charlotta del Belgio con appendice: Le residenze triestine di Massimiliano*, Trieste 1987.

trata sobre 131 Estados que promulgaram tais leis.³ O objetivo dessas regras é assegurar que os bens culturais nacionais permaneçam no país ou sejam repatriados. A Convenção da UNESCO sobre as Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas dos Bens Culturais, de 17.11.1970, tenta impor esse objetivo a nível internacional.⁴ As leis nacionais preveem proibições de exportação, direitos de preferência para o Estado ou mesmo sanções penais.⁵ O interesse público prevalece aqui sobre a propriedade privada, que fica limitada e vinculada.⁶

Em regra, no entanto, apenas a obra de arte “nacional” é afetada. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha discorre sobre o bem cultural alemão;⁷ a Constituição italiana sobre o “*patrimonio storico e artistico della Nazione*” (it.).⁸ Essas disposições legais pressupõem, portanto, que é possível distinguir a obra de arte nacional de outras obras de arte. O operador do

³ Kenety, *Who Owns the Past? The Need for Legal Reform and Reciprocity in the International Art Trade*, Cornell International Law Journal 23 (1990), 6, nota 24.

O problema da atribuição de uma obra de arte a uma nação também pode surgir em outros contextos, por exemplo, no contexto do financiamento de filmes. Quanto à rica jurisprudência italiana sobre a nacionalidade dos filmes, ver, por exemplo, T.A.R. Lazio III, 15.11.1982, Foro amm. 1983 I, 466; Consiglio di Stato, 31.12.1984, II Consiglio di Stato 1984 I, 1584.

⁴ Em 30.10.1989, 67 Estados tinham ratificado esta convenção, conforme a comunicação no ICOM News 43 (No. 1/1990), 12. Sobre as iniciativas do UNIDROIT (Roma) 1986, C.D. 65 – Doc 11 = Revue de droit uniforme 1985, Vol. 1, 42-152 (publicado em 1987).

⁵ Por exemplo, segundo a lei francesa, a exportação de objetos “*présentant un intérêt national d’histoire ou d’art*” (fr.) requer autorização oficial, cf. Périnet-Marquet, *La protection publique des biens culturels en droit français*, Revue internationale de droit comparé 1990, 789 e seguintes, 794. Tal interesse nacional foi assumido no caso da pintura de Picasso “*Les noces de pierrette*”. O proprietário sueco comprou a licença de exportação das autoridades francesas, doando outra pintura do Picasso ao museu francês (Périnet-Marquet, loc. cit. 18).

⁶ Cf. Merryman, *The Public Interest in Cultural Property*, California Law Review 77 (1989), 339 e seguintes. Coloca-se, contudo, a questão de saber se constitui uma expropriação sujeita a indenização se a propriedade for restringida no interesse da proteção pública dos bens culturais. Ver sobre este assunto em um contexto semelhante (planejamento urbano) a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 23.9.1982 no caso Sporong e Lönnroth (1.1981/40/58-59), que levou a uma condenação da Suécia, EuGRZ 1983, 523-524. Para uma determinação permissiva do conteúdo e dos limites da propriedade (Art. 14, n.º 1 frase 2 GG); VGH Mannheim, 14.3.1986, NJW 1987, 1440. Diferenciando-se, contudo, na área da proteção de monumentos BGH, 8.6.1978, NJW 1979, 210.

No domínio da proteção internacional da propriedade cultural, é interessante saber até que ponto a apreensão de obras de arte exportadas ilegalmente também pode ser dirigida contra terceiros que se tenham tornado posteriormente proprietários; o Tribunal Constitucional italiano considerou inconstitucional tal extensão das sanções penais a partes não envolvidas: Corte Cost., 19.1.1987, no. 2, Foro it. 1987 I, 1364.

⁷ *Op. cit.* 2. Sobre a inscrição na lista de “bens culturais de valor nacional”, cf. Pieroth-Kampmann, *Außenhandelsbeschränkungen für Kunstgegenstände*, NJW 1990, 1385 e seguintes, 1387 e seguintes.

⁸ Cf. *Alibrandi-Ferri*, *I beni culturali e ambientali*, Mailand 1985, p. 34 e seguintes.

direito deve, pois, responder ao questionamento de a qual país uma obra de arte deve ser atribuída.

Apenas algumas leis contêm disposições mais detalhadas sobre como a obra de arte nacional deve ser distinguida da estrangeira. A lei sueca sobre a administração do patrimônio cultural, que entrou em vigor dia 1º de janeiro de 1989, baseia-se na nacionalidade do artista.⁹ De acordo com essa lei, as obras de arte suecas são aquelas que foram realmente ou presumivelmente criadas na Suécia ou no estrangeiro por um sueco, enquanto as obras de arte estrangeiras são aquelas que foram criadas por um artista não sueco. Outros critérios são concebíveis. A Constituição Imperial de Weimar dispunha sobre posse da arte alemã (Art. 150). Do mesmo modo, a Lei Austríaca de Proibição de Exportação de Bens Culturais diz respeito a objetos de importância histórica, artística ou cultural que se encontram na Áustria e em cuja conservação no país existe um interesse público (§ 1 Abs. 1 AusfVKG^{NT}). Nesse contexto, o vínculo territorial entre a obra de arte e uma nação adquire importância.¹⁰

A propósito, tais laços territoriais aproximam a proteção dos bens culturais da proteção dos monumentos.¹¹ A esse respeito, a Constituição Imperial

⁹ Tradução oficial na língua inglesa do Capítulo 5, seção 2: "The term Swedish items of historic interest refers to items which were actually or presumably made in Sweden or in some other country by a Swede. The term foreign items of historic interest refers to items made in another country by a non-Swede.". Ver sobre o assunto *Adlercreutz*, The Protection of Cultural Heritage, em: *Strömholm-Hemström*, Swedish National Reports to the XIIIth International Congress of Comparative Law Montreal 1990, Uppsala 1990, p. 239 e seguintes e p. 244-245.

^{NT} O *Tratado de Roma* instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE), agrupando a Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos. O seu objetivo era promover a integração e o crescimento econômico por meio de trocas comerciais.

¹⁰ Cf., no ponto, *Engstler*, Die territoriale Bindung von Kulturgütern im Rahmen des Völkerrrechts, 1964. Do mesmo modo, VGH Mannheim, 14.3.1986, NJW 1987, p. 1440-1441: "Das Wort "deutsch" ist hier nur eine Ortsbestimmung, d. h. geschützt wird der Kulturbesitz, der sich im Geltungsbereich des Gesetzes befindet, gleichgültig ob er deutscher oder ausländischer Herkunft und ob er schon lange oder erst seit kurzem hier ist." (dt.). Em tradução livre: "A palavra 'alemão' é, aqui, apenas uma determinação de lugar, ou seja, o patrimônio cultural (dt. *Kulturbesitz*) que será protegido é o que está dentro da área de aplicação da lei, independentemente de ser de origem alemã ou estrangeira e de ter estado aqui durante muito ou pouco tempo".

¹¹ Ver sobre isso, *Rainer Hofmann*, The Protection of the Cultural Heritage in the Federal Republic of Germany, in: *Bernhardt-Beyerlin*, XIIIth International Congress of Comparative Law Montréal 1990 – Reports on German Public Law, Heidelberg 1990, p. 189 e 191 e seguintes.

de Weimar se remete às leis sobre a proteção dos monumentos dos Grão-Ducados de Hesse-Darmstadt e Oldenburg.¹²

II. Leis Nacionais – Direito Internacional

Existem Estados que declaram quase todos os bens culturais localizados no seu território como sendo bens culturais nacionais, não exportáveis. Por exemplo, o México declarou – o mais tardar desde 1972 – que toda a arte pré-colombiana criada em solo mexicano era propriedade inalienável da nação mexicana.¹³ O mesmo se aplica à legislação do Equador¹⁴ e da Guatemala.¹⁵ Muitos Estados africanos, especialmente a Nigéria,¹⁶ também devem ser mencionados aqui. Alguns Estados europeus também sujeitam quase todas as obras de arte nacionais e outros bens culturais a controles de exportação. Esses Estados incluem, por exemplo, a Áustria¹⁷ e a Grécia.¹⁸ À primeira vista, a atribuição das obras de arte correspondentes parece ser simples se

¹² Gesetz den Denkmalschutz betreffend vom 16.7.1902, Großherzoglich Hessisches Regierungsblatt 1902, 275 e seguintes; Denkmalschutzgesetz für das Großherzogtum Oldenburg, vol. 37 (1911), 959 e seguintes. Ver sobre a lei hessiana *Werner Hartung*, *Denkmalpflege und Heimatschutz im wilhelminischen Deutschland 1900-1913*, *Österreichische Zeitschrift für Kunst und Denkmalpflege* 1989, 173 e seguintes, 177.

¹³ Ver sobre isso *United States v. McClain*, 545 F. 2d 988 (5th Cir. 1977); *Nafziger*, *Controlling the Northward Flow of Mexican Antiquities*, *Lawyer of the Americas* 7 (1975), p. 68 e seguintes.

¹⁴ Ver sobre a observância da lei equatoriana *Trib. Torino*, 25.3.1982, *Rivista di diritto Internazionale privato e processuale* 1982, 625 e 628 e seguintes; ver também *Roberta Clerici*, *La protection des biens culturels vis-à-vis des règles italiennes de conflit*, no mesmo lugar, 1989, p. 799 e seguintes, 804-805.

¹⁵ Cf. *United States v. Hollinshead*, 495 F. 2d 1154 (9th Cir. 1974).

¹⁶ Cf. BGH, 22.6.1972, BGHZ 59, p. 82 e seguintes.

¹⁷ § 1 Abs. 1 da Lei Austríaca de Proibição de Exportação de Bens Culturais estabelece o seguinte: “Die Ausfuhr von Gegenständen von geschichtlicher, künstlerischer oder sonstiger kultureller Bedeutung (Kulturgut) ist verboten, wenn die Aufbewahrung dieser Gegenstände im Inland dieser Bedeutung wegen im öffentlichen Interesse gelegen ist. Als Ausfuhr im Sinne dieses Gesetzes ist jede Verbringung über die österreichische Staatsgrenze zu verstehen.” (dt.). Em tradução livre: “A exportação de objetos de importância histórica, artística ou cultural (bem cultural) é proibida se o armazenamento destes objetos na Áustria for do interesse público devido a esta importância. Para efeitos da presente lei, a exportação deve ser entendida como qualquer transferência através da fronteira do Estado austríaco”. Citado de *Helfgott*, *Ausfuhrverbotsgesetz für Kulturgut (AusfVKG)*, 1987, p. 7. O interesse público em manter o objeto cultural na Áustria é legalmente presumido (Abs. 3 da mesma disposição). Ver sobre isso *Reichelt*, *Kulturgüterschutz in Österreich*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1990, 61 e seguintes.

¹⁸ Cf. *Deliyannis*, *Anomalies dans la conclusion et l'exécution de la vente d'objets d'art em droit hellénique*, em: *Pierre Laliye* (ed.), *International Sales of Works of Art – Geneva Workshop 11-13 April 1985*, Genf, sem especificação de ano, p. 63 e 64. Cf. também *Jayme*, *Schutz des Kulturerbes und Internationales Privatrecht – Gründungstagung der Griechisch-Deutschen Juristenvereinigung in Athen*, *IPRax* 1991, 357-358.

tomarmos como ponto de partida as leis nacionais, uma vez que toda obra de arte localizada dentro do país é afetada. É difícil, todavia, determinar se tais pretensões abrangentes também são vinculantes no tráfego jurídico transfronteiriço. O direito internacional público reconhece limites territoriais à elaboração de leis.¹⁹ Uma corrente moderna do direito internacional privado deseja, contudo, que o direito público estrangeiro também seja observado internamente no país.²⁰ Pressupõe-se sempre, no entanto, que a lei estrangeira esteja em conformidade com os valores internacionais e nacionais.²¹

Nota-se aqui que algumas leis avançam no sentido de estabelecer cláusulas de reciprocidade. Por exemplo, de acordo com o Art. 31 Abs. 2 da lei portuguesa de patrimônio cultural de 1985, os negócios jurídicos celebrados em território português são nulos se forem relativos a bens culturais importados do exterior em violação das disposições do país de origem.²² Entretanto, essa disposição está sujeita à reciprocidade, ou seja, ela somente se aplica caso as obras de arte portuguesas forem igualmente protegidas no país de origem. A questão mais importante, contudo, também não é satisfatoriamente respondida nessa lei; qual seja aquela, quando existe uma obra de arte portuguesa, ou melhor, para qual país podem ser atribuídas obras de arte importadas.

III. A “nacionalidade” da obra de arte como um conceito de finalidade – nação e Estado

Conceitos jurídicos são conceitos de finalidade (dt. *Zweckbegriff*). Eles recebem o seu conteúdo a partir dos objetivos das respectivas normas. Uma aplicabilidade geral não é necessária. No tráfego jurídico internacional, no entanto, parece desejável que a interpretação das regras nacionais seja compatível internacionalmente. Apenas dessa forma é que as regras nacionais podem ser aplicadas além das fronteiras. Além disso, existem disposições de tratados internacionais cuja interpretação deve ser impreterivelmente autônoma. Portanto, em última análise, trata-se de uma definição que transcende a lei

¹⁹ Cf. *Habscheid-Rudolf*, Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtssetzung, Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 11, Heidelberg 1973.

²⁰ Cf. as Resoluções do Institut de Droit International sobre o tema “L’application du droit public étranger”, em: Institut de Droit International Annuaire, Bd. 56, Session de Wiesbaden 1975, p. 550 e seguintes.

²¹ Cf. *Carter*, Transnational Recognition and Enforcement of Foreign Public Laws, The Cambridge Law Journal 1989, 417 e seguintes, 428-429.

²² Lei Nr. 13/85 v. 6. 7. 1985 sobre “Patrimônio Cultural Português”, Diário da República 1985 (6.7.1985), 1865 e seguintes. (Nr. 153).

singular. Ademais, a interpretação é influenciada por ideias que advêm das tradições de proteção dos bens culturais, tal como se desenvolveu na virada dos séculos XVIII e XIX.²³

Esta palestra é, assim, sobre a tentativa de definir melhor a nacionalidade da obra de arte para a proteção internacional dos bens culturais. Aqui, é a nação que está em pauta e não o Estado, que, como sujeito de direito (dt. *Reschtssubjekt*), representa os interesses da nação externamente.²⁴ As obras de arte italianas são também obras que foram criadas antes da unificação da Itália. Nação e Estado muitas vezes não coincidem.²⁵ Um bom exemplo é o caso *Dole v. Carter*, julgado em 1977 pelo Tribunal Federal do 10º Circuito dos EUA, que dizia respeito à devolução da coroa de Santo Estêvão e outras joias da Coroa à Hungria, que foram mantidas nos EUA após a Segunda Guerra Mundial.²⁶ O requerente era o Senador *Dole*, o requerido, o Presidente americano. A questão em primeiro plano era uma disputa constitucional americana interna, nomeadamente, se o Presidente Carter foi autorizado a concordar com o governo húngaro sobre a devolução da coroa à Hungria sem o consentimento do Senado. Em segundo plano, porém, estava a questão de saber se a coroa do reino poderia ser entregue ao governo da Hungria, agora governada pelos socialistas e comunistas. O tribunal considerou que a Coroa de Santo Estêvão era um símbolo da identidade nacional húngara e, além disso, que ninguém afirmou que se tratava de propriedade dos EUA. A questão de quem tinha o direito abrigado pela lei estatal de ordenar a devo-

²³ Sobre a importância da tradição para a interpretação das leis, cf. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 4ª ed. 1956, p. 81; *Tarello*, L'interpretazione della legge, 1980, p. 367-369; ver também *Esckridge*, *Gadamer/Statutory Interpretation*, Columbia Law Review 90 (1990), 609 e seguintes, 623, 648. Nas metodologias tradicionais, é dado muito pouco espaço ao direito comparado. As leis atuais – especialmente quando dizem respeito a questões transfronteiriças como a proteção internacional dos bens culturais – baseiam-se geralmente em estudos comparativos e adotam frequentemente modelos estrangeiros. A recepção, no entanto, requer direito comparado como fonte de conhecimento para interpretação. Cf. *Zweigert*, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, *RabelsZ* 15 (1949/50), 5 e seguintes; *Reinhart*, *Rechtsvergleichung und richterliche Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Privatrechts*, em: *Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*, 1986, p. 599 e seguintes.

²⁴ Cf. *Piva*, *Cose d'arte*, em: *Enciclopedia del diritto* XI (1962), p. 93 e 94 e seguintes. A decisão proferida em outro contexto pelo Conselho de Estado italiano (it. *Consiglio di Stato*), em 16.12.1980, II Consiglio di Stato 1980 I, 1661 é interessante. Segundo ela, para a “nazionalità italiana” de um filme, dirigido por *Vittorio de Sica*, não importa que o diretor possua uma “cittadinanza diversa da quella italiana”, uma vez que ele pode ser considerado como um “notissimo e prestigioso esponente della cultura cinematografica italiana”. Agradeço ao senhor professor Roberto Baratta, Roma/Macerata, pela indicação desta decisão.

²⁵ Cf. *Jayme-Mansel* (eds.), *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg 1989.

²⁶ *Dole v. Carter*, 569 F. 2d 1109 (10th Cir. 1977); cf. também a decisão do primeira instância, *Dole v. Carter*, 444 F. Sup. 1065 (D.Kan. 1977).

lução da coroa à Hungria parecia, naquela altura, ser uma controvérsia não passível de julgamento, razão pela qual o tribunal não deveria se pronunciar sobre ela. A nação húngara foi, aqui, mais importante do que o Estado atual.

IV. Nacionalidade da obra de arte e integração da Europa

A questão da atribuição nacional das obras de arte tem sofrido objeções por não estar de acordo com a crescente integração da Europa.²⁷ Todavia, é precisamente o Tratado de Roma (CEE) que, conforme o Art. 36, permite restrições justificadas à exportação nacional, para fins de proteção de tesouros nacionais de valor artístico, histórico ou arqueológico. Contudo, essas proibições e restrições “não devem constituir um meio de discriminação arbitrária ou uma restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros”. A questão da nacionalidade da obra de arte tem sido levantada justamente neste contexto. Um comentarista (dt. *Kommentator*)^{NT} levanta o problema de saber se o Art. 36 do Tratado de Roma (CEE) poderia ser aplicado caso as autoridades alemãs proibissem a exportação de um Renoir para França).²⁸ O próprio Tratado de Roma (CEE) não resolve este problema, pois pressupõe as normas nacionais para a proteção dos bens culturais.

V. Obras de arte como patrimônio cultural mundial

Tem havido uma tentativa no direito internacional público de desnacionalizar legalmente obras de arte, declarando-as patrimônio cultural mundial.²⁹ Por exemplo, a Convenção da UNESCO de 16.11.1972 relativa à Proteção

²⁷ Cf. *Fuentes Camacho*, La libre circulación de bienes culturales en la Comunidad Europea, em: La Ley – Comunidades Europeas X Nr. 46 (31. 5. 1989), p. 1 e seguintes.

^{NT} No direito alemão, os casos judiciais e as suas decisões são comumente comentados pelos doutrinadores na forma conhecida como “*Kommentar*” (pt. comentário). Os comentários são obras destinadas a consultas, renunciando a qualquer construção sistemática em desconformidade com aquela decorrente da própria lei, tendendo a uma exposição objetiva da matéria, apontando aquilo que é conhecido e aceito e deixando na sombra a opinião pessoal do autor. Para maiores informações, ver *Mártin P. Haeblerlin* e *Eugênio Facchini Neto*, O “Estilo” Jurídico Alemão – breves considerações sobre alguns dos seus fatores determinantes, Revista da AJURIS, v. 41, n. 133, março 2014, p. 276-277.

²⁸ *Von der Groeben u. a.* (eds.), *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 3. Aufl. 1983, Art. 36 Rdnr. 39, p. 295; cf. também *Pescatore*, Le commerce de l’art et le Marche Commun, em: *Revue trimestrielle de droit europeen* 1985, 451 e seguintes e 456-457.

²⁹ Cf. também *Rudolf*, Über den internationalen Schutz von Kulturgütern, em: *Festschrift Doehring* 1989, p. 853 e seguintes.

do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural obriga os Estados-membros a cooperar na preservação dos bens culturais excepcionais.³⁰ Além disso, foram feitas tentativas para desenvolver mais regras a partir do conceito de “*common heritage of mankind*” (en.), que supostamente se opõem a uma atribuição nacional das obras de arte.³¹ O mesmo conceito tem origem no direito marítimo, mais precisamente no direito internacional da exploração mineira em alto mar,³² e não pode ser simplesmente transferido para a obra de arte. Por detrás de tais considerações está o receio de que o reconhecimento de uma nacionalidade da obra de arte tenha de levar a uma redistribuição em grande escala de todos os tesouros artísticos. Mas não é este o caso. O status quo, tal como tem se desenvolvido historicamente, não é afetado pelas leis e tratados mencionados. Esses tratam da proteção jurídica do acervo atual de bens culturais, como esse se apresenta hoje. Somente nesse contexto é levantada a questão jurídica sobre quais obras de arte podem ser atribuídas a uma nação de tal forma que a sua exportação possa ser proibida e, em caso de exportação ilegal, a sua repatriação forçada.

VI. Questão jurídica e política de restituição

Deve-se, portanto, distinguir a questão jurídica da nacionalidade de uma obra de arte, tal como surge sobretudo no tráfego jurídico transfronteiriço, da política de restituição que muitos Estados seguem para conseguir a devolução das obras de arte.³³ A esse respeito, o direito oferece apenas uma estrutura fraca e incerta para argumentação. Foi necessário um tratado entre a Dinamarca e a Islândia para que o *Codex Regius*, que foi criado por volta de 1270 e contém

³⁰ Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural – adotada pela Conferência Geral na sua décima sétima sessão, Paris, 16 de novembro de 1972 (Unesco, Paris).

³¹ Cf. *Fiedler*, Zur Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts im Bereich des internationalen Kulturgüterschutzes, Festschrift Doehring 1989, p. 199 e seguintes; cf. também *Rosso-Mazzinghi* (eds.), Da Antonio Canova alla Convenzione dell’Aja, Sansoni 1975.

³² Cf. *Vasciannie*, Part XI of the Law of the Sea Convention and Third States: Some General Observations, The Cambridge Law Journal [1989], p. 85 e seguintes.

³³ Cf. *Jeanette Greenfield*, The Return of Cultural Treasures, Cambridge University Press 1989; cf. também *Nafziger*, The New International Legal Framework for the Return, Restitution or Forfeiture of Cultural Property, New York University Journal of International Law and Politics 15 (1982/1983), p. 789 e seguintes. *Boguslavski*, L’Union Soviétique et la protection internationale des biens culturels, Moscou 1979, p. 155 e seguintes faz uma distinção clara entre “repatriement des biens enlevés en temps de guerre ou à la faveur d’autres circonstances” e “la restitution volontaire des biens culturels”. Para o primeiro grupo de casos, conforme, por exemplo, *Dagmar Richard-Abbo Junker*, Hans und Felicitas Tucher in New York-Deutsches Sachenrecht vor amerikanischen Gerichten, Jura, 1985, p. 415 e seguintes.

o *Edda* mais antigo, retornasse de Copenhagen à Islândia em 1971.³⁴ Por outro lado, o debate sobre as esculturas do Parthenon, chamadas de “Elgin Marbles” no Museu Britânico em Londres, nunca foi resolvido.³⁵ Ademais, o capacete e a espada do herói nacional albanês *Scanderberg* se encontra em coleções austríacas desde os tempos do Imperador Rudolf II, que as adquiriu para o seu gabinete de arte (dt. *Kunstkammer*).³⁶ Tais obras são objetos da política de restituição dos países de origem. No nosso contexto, no entanto, o foco deve estar nas questões jurídicas tal como são estabelecidas pelas leis de hoje. Aqui, a atribuição nacional da obra de arte apresenta-se como um problema atual, como alguns exemplos da prática podem demonstrar, os quais permitem uma primeira abordagem empírica quanto às possíveis soluções.

VII. O caso Goya: Direito espanhol nos tribunais ingleses

O primeiro exemplo é relativo à decisão da Divisão de Chancelaria (en. *Chancery Division*) do Supremo Tribunal Inglês (en. *High Court*) no caso “Kingdom of Spain v. Christie & Manson Ltd.”, de 1986. A controvérsia dizia respeito ao retrato de Goya da “Marquesa de Santa Cruz” (es.) pintada em 1805.³⁷ Contrariando as restrições espanholas à exportação, o retrato foi levado para a Inglaterra para ser vendido. O Reino de Espanha ajuizou uma ação contra a casa de leilões (dt. *Versteigerer*), postulando uma declaração de que o quadro tinha deixado a Espanha com documentos falsificados.

O tribunal constatou, em primeiro lugar, que o próprio Reino de Espanha não tinha nenhum título legal, uma vez que o quadro não pertencia ao Estado

³⁴ Jeanette Greenfield, nota anterior, p. 10 e seguintes.

³⁵ Cf. Merryman, Thinking about the Elgin Marbles, in: Michigan Law Review 83 (1985), p. 1881 e seguintes. Apenas as lutas de libertação gregas levaram à “nacionalização” das partes não esculpidas. Ainda, Quatremère de Quincy, Lettres écrites de Londres à Rome et adressées à M. Canova sur les Marbres d’Elgin, ou les Sculptures du Temple de Minerve à Athènes, Roma 1818, p. 5, fala das “sculptures dont l’Europe devra la jouissance et la conservation au zèle ardent et éclairé de mylord comte d’Elgin (...)”. As cartas dizem respeito ao conteúdo, à atribuição e significado artístico das esculturas. A questão do repatriamento só foi articulada quando a nação grega se tornou consciente de si mesma. Não tive acesso a uma edição posterior dessa cartas: Quatremère de Quincy, Lettres sur l’enlèvement des ouvrages de l’art antique à Athènes et à Rome, écrites les unes au célèbre Canova, les autres au général Miranda, Paris 1836, citado por René Schneider, L’esthétique classique chez Quatremère de Quincy (1805-1823), Paris 1910, V. Cf. também Pavan, Antonio Canova e la discussione sugli “Elgin Marbles”, em: Rivista dell’Istituto Nazionale d’Archeologia e Storia dell’arte XXI-XXII (1974-1975, publicado em Roma 1976), p. 219 e seguintes.

³⁶ Comunicação do Museu de História da Arte (dt. *Kunsthistorisches Museum*) em Viena.

³⁷ Kingdom of Spain v. Christie, Manson & Woods Ltd. [1986] 1 W.L.R. 1120 (Ch. D.).

espanhol. Todavia – com toda a inventividade de um juiz da *common law* – o tribunal decidiu que a Espanha tinha um “*equitable right*” (en.),³⁸ uma posição jurídica sustentada por razões de equidade, de exigir tal declaração a fim de proteger as suas obras de arte. Contudo, a repatriação à Espanha não podia ser imposta, uma vez que não havia um título legal para tanto. O Estado espanhol comprou mais tarde o quadro de volta por 882 milhões de pesetas e, sob o impacto do caso, alterou a sua legislação no sentido de que o Estado tem direito à propriedade de bens culturais espanhóis exportados ilegalmente.³⁹ A nação espanhola e a sua identidade foram afetadas tão fortemente que as autoridades aparentemente não tiveram outra escolha.

A atribuição da obra de arte foi fácil aqui. O retrato de Goya era propriedade cultural espanhola. Foi difícil, contudo, obter uma posição jurídica sobre a ligação entre a nação espanhola e as suas obras de arte, mesmo fora de Espanha. Tratava-se da verificação da ilegalidade da exportação sob a lei espanhola por um tribunal inglês, a fim de desacreditar a casa de leilões, diminuir o valor da pintura e talvez salvar outras obras de arte. Tudo apontava a favor da Espanha, a importância do artista nacional Goya, a pessoa retratada, a origem de uma coleção espanhola.

VIII. A nacionalidade do artista como critério de atribuição: o caso Matisse

Isso não precisa ser sempre assim, conforme ilustrado por outro caso decidido em 1982 pelo Tribunal Federal dos EUA do 2º Circuito, que tem a sua sede em Nova Iorque.⁴⁰ Tratava-se de um quadro de *Matisse*, qual seja, o “*Portrait sur Fond Jaune*” (fr.), o qual uma americana havia herdado do seu pai, que havia vivido em Milão. A herdeira levou o quadro para os EUA e vendeu-o a um negociador de arte suíço. Nesse meio-tempo, o Estado italiano reivindicou o seu direito ao quadro, que – segundo as autoridades italianas – não deveria ter sido exportado sem autorização. O negociante de arte suíço

³⁸ Cf. *Viladás*, *Obras de arte y Patrimonio Histórico en España: Una reforma legislativa reciente*, em: *Clark* (eds.), *Essays in Honor of John Henry Merryman*, Berlin, 1990, p. 317 e seguintes.

³⁹ Cf. *Viladás*, nota anterior; *Gonzalez Campos/Virgós Soriano*, *Law and Practice of International Art Trade in Spain*, Paris, New York 1990, p. 122-123.

Pelo contrário, se houver uma licença de exportação, levanta-se a questão sobre se foi o Estado “nacionalmente” correto que permitiu a exportação; cf. *Jeanette Greenfield*, *The Sevso Treasure – The Legal Case*, in: *Apollo – The International Magazine of the Arts* 1990, p. 14-15. (“the existence of a Lebanese export licence would still not indicate that this was the country of origin and, indeed, this is unlikely.”).

⁴⁰ *Jeanneret v. Vichery*, 693 p. 2d 259 (2d Circ. 1982).

exigiu, perante o tribunal de Nova Iorque, o reembolso do preço de compra, argumentando que uma obra de arte ilegalmente exportada já não podia ser vendida e que a herdeira e vendedora tinham violado a “*implied warranty*” (en.) da obra.

O tribunal discordou. A Itália não podia reivindicar um quadro de *Matisse*. O caso seria diferente com uma *Madonna* de *Bellini* ou um *Rafael*.⁴¹ As autoridades italianas sustentaram em vão que a pintura de *Matisse* havia sido exibida na Bienal de Veneza e que pertencia a um movimento artístico, que tinha inspiração nas formas e temas da Renascença italiana. O tribunal invocou, inclusive, o direito internacional consuetudinário.⁴² Assim, a Itália não pode exigir a devolução de um quadro francês; o vendedor pode vender o quadro fora da Itália sem estar exposto a reclamações de garantia por parte do comprador. Contudo, o tribunal deixou em aberto a questão sobre se os costumes do comércio de arte podem, ainda assim, conduzir a uma queda no preço.⁴³

O importante no nosso contexto é que, aqui, a nacionalidade do artista determinou a atribuição da obra de arte. Além disso, os nomes “*Bellini*” e “*Rafael*” implicavam uma certa restrição. Evidentemente, apenas as obras dos artistas que têm um significado especial para a nação são elegíveis para proteção. O conceito de nacional tem, portanto, uma função dupla no direito de proteção internacional de bens culturais. Por um lado, diz respeito à atribuição de obras de arte a uma determinada nação e, por outro lado, à designação de obras de arte individuais cujo significado especial justifica a proteção nacional. Em regra, só são afetadas as obras cuja permanência no território nacional é defendida pelos Estados perante os tribunais do país estrangeiro. A tentativa de salvar um quadro de *Matisse* para a Itália, no entanto, não foi bem-sucedida.

⁴¹ *Op. cit.* 40, p. 267: “*Matisse’s Portrait sur Fond Jaune bore no such relation to Italy as a Raphael or a Bellini Madonna*”.

⁴² *Op. cit.* 40, p. 263-264 nota 6.

⁴³ *Op. cit.* 40, p. 268 nota 6.

Sobre o significado da prática comercial no comércio da arte como um “*costume do comércio*” também em relação aos particulares, cf. RG, 19.11.1926, JW 1927, 764 (sem redução do preço de compra no caso de um quadro não autêntico de *Pissarro*, mas apenas cancelamento da compra) com nota explicativa de *Werner*.

IX. Diferença entre local de origem e de destino: Canova na Inglaterra

A situação se torna ainda mais difícil quando a origem e o local de conservação previsto na lei apontam para diferentes países. A disputa mais recente diz respeito ao grupo de estátuas das *Três Graças*, de *Antonio Canova*, cuja exportação do Reino Unido para os EUA foi impedida pelas autoridades britânicas.⁴⁴ *Josefina de Beauharnais*^{NT} encomendou o grupo de estátuas em 13.6.1813.⁴⁵ Canova concluiu o modelo de gesso, em Roma, em agosto do mesmo ano. A execução em mármore se estendeu até 1816, quando a antiga imperatriz já havia morrido e as estrelas dos descendentes de Napoleão haviam afundado.^{NT} Assim, as *Três Graças* acabaram na Inglaterra, com o Duque de *Bedford*, permanecendo na sua família até serem vendidas para os EUA, atualmente. As *Três Graças*, de *Canova*, desempenham um papel importante para a Itália; elas transformaram um grupo antigo de estátuas em um homólogo contemporâneo (dt. *ein zeitgenössisches Pendant*); uma conexão com os famosos poemas de Ugo Foscolo, os “*Grazie*” (it.), que foram escritos na mesma época, não pode ser excluída.⁴⁶ Por outro lado, a relação entre a

⁴⁴ Cf. o relatório no *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* 18.12.1989 Nr. 293, p. 31 (“Ausfuhrstop”). Evidentemente, foi possível aumentar a quantia necessária para a compra; Comment, *Heritage for Sale*, in *The Antique Collector*, Juli 1990, p. 64 e seguintes, 67. Cf. também o editorial *Not so laissez-faire* in 1993, in: *Apollo – The International Magazine of Arts* 1990, p. 225 (outubro, 1990).

^{NT} Josefina de Beauharnais, nascida Marie-Joseph-Rose Tascher de La Pagerie, foi a primeira esposa de Napoleão Bonaparte. Inicialmente, era casada com o oficial Alexandre de Beauharnais até 1795, quando ele morreu na guilhotina. Viúva e então mãe de dois filhos, Josefina conheceu o general Napoleão Bonaparte, casando-se com ele em 1796. Em 1799, com o Golpe do 18 do Brumário, Napoleão acedeu ao poder, tornando-se Primeiro Cônsul da França; e, posteriormente, em 1804, imperador. Josefina, por conseguinte, tornou-se imperatriz da França. Em 1809, todavia, o casal divorciou-se, mas Josefina manteve seu título de imperatriz até a sua morte em 1814. Sobre o assunto, ver: *J.G., Lockhart, The History of Napoleon Buonaparte*, The Floating Press, 2008, p. 50 e seguintes.

⁴⁵ Sobre isso e o seguinte, *Vittorio Malamani*, *Canova*, Ulrico Hoepli, Milano 1911, p. 225 e seguintes.

^{NT} Cf. *Philip Dwyer e Peter McPhee* (eds.), *The French Revolution and Napoleon: A Sourcebook*, Routledge, 2002, p. 200. Após ser derrotado em Waterloo, tornou-se impossível para Napoleão manter-se no poder. Assim, em 1815, Napoleão abdicou do trono pela segunda e definitiva vez, nomeando seu filho, Napoleão II, como seu sucessor. O Senado, no entanto, não concordou e preferiu esperar o retorno de Luís XVIII que reinou até 1824.

⁴⁶ Cf. as referências em *Ottorino Stefani*, *La poetica e l'arte del Canova tra arcadia, neo-classicismo e romanticismo*, Treviso 1984, p. 123 e seguintes e 129 e seguintes; cf. também *Finn/Licht*, *Antonio Canova – Beginn der modernen Skulptur*, München 1983, p. 211. As “*três Graças*” foram consideradas “*ein besonders schönes Beispiel für ein vielansichtiges Werk*” (dt; em tradução livre: “um exemplo particularmente belo de uma obra vista por muitos”); *Lars Olaf Larsson*, *Von allen Seiten gleich schön – Studien zum Begriff der Vielansichtigkeit in der europäischen Plastik von der Renaissance bis zum Klassizismus*, Stockholm 1974, p. 35 (com referência a Cicognara e Quatremère de Quincy).

Inglaterra e *Canova* é uma relação especial. Lá, ele havia celebrado triunfos pessoais durante uma viagem a Londres no Inverno de 1815.⁴⁷ Mais tarde, quando nenhuma igreja romana havia aceitado receber a sua grande estátua da “Religião”, *Canova* a vendeu para a Inglaterra, onde ela – despida dos seus atributos papais pelo próprio *Canova* – foi instalada na igreja paroquial de Belton/Lincolnshire.⁴⁸ Assim, a decisão das autoridades britânicas tem uma força persuasiva.

Se uma obra de arte é criada por um artista estrangeiro para um determinado lugar ou se ele a levou para lá – é assim que se poderia formular a tese – o local de armazenamento previsto na lei é fator decisivo caso a nacionalidade da obra de arte esteja em questão.⁴⁹

X. Premissas históricas: Antonio Canova e a obra de arte “nacional”

Vamos nos deter um pouco mais em *Antonio Canova*, pois ele é a figura-chave de toda essa questão. Ele criou o modelo por excelência da obra de arte nacional, que também foi entendida e aceita como tal. No ponto, deve-se pensar primordialmente na “*Venere Italica*” (it.), a *Vênus italiana* criada por *Canova* para substituir a antiga estátua da “*Vênus de Médici*”, transportada de Florença a Paris por *Napoleão*.⁵⁰

Canova se baseou na forma da estátua antiga da deusa, mas a transformou em uma pessoa moderna ao conferir-lhe padrões^{NT} naturais de movimento. A “*Venere Italica*” foi compreendida como obra de arte de uma nação incipiente, a qual via nessa obra a corporificação da identidade do seu futuro Estado. Em 19 de maio de 1812, *Canova* escreve de Florença a *Quatremère de Quincy*, em Paris, contando-lhe sobre o sucesso da estátua.⁵¹ Orgulhoso,

⁴⁷ *Quatremère de Quincy*, *Canova et ses ouvrages ou Mémoires historiques sur la vie et les travaux de ce célèbre artiste*, 2ª ed. Paris 1836, p. 284 e seguintes, p. 289-291.

⁴⁸ *Malamani*, *op. cit.* 45, p. 221-222.

⁴⁹ *Jayme*, *Internationaler Kulturgüterschutz: Lex originis oder lex rei sitae – Tagung in Heidelberg*, IPRax 1990, p. 347-348.

⁵⁰ Cf. *Quatremère de Quincy*, *op. cit.* 47, p. 136 e seguintes, 139: “on lui donna le nom de *Venere Italica*” (fr.).

^{NT} No texto original, consta a expressão “*Bewegungsmotiven*”, cuja tradução literal seria “*motivos de movimento*”. “*Motivo*”, contudo, é termo utilizado na linguagem técnica artística para referir um “*formato, cor, textura ou padrão que se repete em um design*”. Para maiores informações sobre o assunto, ver *Marjorie Cohee Manifold*, *Art Themes: Choices in Art Learning and Making*, Indiana University Press, Bloomington, 2017, p. 668.

⁵¹ *Quatremère de Quincy*, *op. cit.* 47, p. 383 e 385 (Soneto – *Alla Venere di Canova*).

Canova anexa um soneto anônimo à sua carta, no qual a figura canoviana é aclamada como superior à “*Vênus de Médici*”. A conclusão do soneto é redigida da seguinte forma:

*“Non fonte mi cangiò, non la mia stella,
Né rinacqui dal mare: Italo fabbro
Quando vita mi dié, mi fé più bela”* (it.)

No soneto, é perguntado à deusa que retornou à Florença como ela se tornou ainda mais bonita. Ela responde: “*Nenhuma fonte transformou-me, nem minha estrela, assim como eu também não renasci do mar. Um artista italiano, ao dar-me vida, fez-me mais bonita*”. Em tais palavras reside uma personificação da obra de arte, a qual posteriormente levou Canova a falar da “*patrie*” (fr.) dos bens culturais em uma carta a *Talleyrand*.⁵² Decisiva, contudo, é a ideia de uma identidade cultural, que também pode ser entendida em sua acepção política, e cujo suporte é a obra de arte nacional.

Provém também de *Canova* o raro exemplo de uma obra de arte nacional sujeita desde o princípio ao direito público. Trata-se do grupo de estátuas “*Hércules e Licas*”, criadas por *Canova* para o príncipe (dt. *Fürst*) Torlonia.⁵³ O governo dos Estados Papais exigiu do príncipe e de seus herdeiros que se comprometessem a nunca permitirem que o grupo de estátuas deixasse o país. Posteriormente, quando o Palácio Torlonia teve de ser demolido para abrir caminho para a Praça Veneza, o Estado italiano tomou posse da obra, sob a condição de que fosse exposta na Galeria Nacional do Palácio Corsini, onde se encontra até hoje.

⁵² Museo Civico Bassano, Manoscritti Canoviani (E4) 5590: “(...) un exposé des principales raisons qui rendent les restitutions des monumens indiqués à la ville qui est pour ainsi dire la patrie de la pluspart d’entre eux, aussijuste en eile même, que digne de la magnanimité de Sa Majesté très Chrétienne, et aussi nécessaire aux progrès des Artistes de toutes les nations qui viennent se perfectionner à Rome, que l’enlèvement de ces monumens leur fut funeste” (fr.).

⁵³ *Malamani, op. cit.* 45, p. 190. O grande efeito emanado por esse grupo encontra ressonância em *Goethe*, incentivador das belas-artes, em: *Schriften zur Kunst*, Zürich 1954, p. 981: “Einzelne ruhige Statuen können nur durch hohe Schönheit fesseln, in der Malerei leistet dasselbe Ausführung und Prunk; aber zuletzt schreitet doch der Bildhauer zur Bewegung vor wie im Laokoon und der Neapolitanischen Gruppe des Stiers, Canova bis zur Vernichtung des Lichas und der Erdrückung des Zentauren.” (dt.). Em tradução livre: “As estátuas individuais quiescentes só conseguem cativar através da elevada beleza; na pintura, o mesmo é atingido mediante a execução e o esplendor. No final, contudo, o escultor avança para o movimento, como em Laocoon e no grupo napolitano do Touro, e como Canova na destruição de Licas e na morte do Centauro.”

XI. Quatremère de Quincy: os espólios de guerra franceses e a República das Artes

A ideia basilar da proteção dos interesses nacionais em relação a determinados bens culturais, os quais prevalecem sobre os interesses dos particulares e dos proprietários individuais (dt. *Individualeigentümer*), consolidou-se na mudança do século XVIII para o XIX. No ano de 1796, as tropas francesas invadiram os Estados Papais e ocuparam Roma. O Papa negociou a continuidade do Estado e a sua existência política no Tratado de Tolentino em troca da entrega das obras de arte mais importantes de Roma (de Apolo do Belvedere até a “Transfiguração” de *Rafael*), as quais foram levadas como espólios de guerra a Paris. Na época, circulou em Paris um panfleto de Quatremère de Quincy no qual o autor descrevia em sete cartas o roubo das obras de arte como contrário à natureza.⁵⁴ São esses os últimos resquícios do Iluminismo. A República das Artes e das Ciências reivindica seu direito; a obra de arte só pode ser compreendida dentro de seu contexto. Roma teria um direito sagrado, natural às suas obras de arte. Ainda que *Canova* tenha frequentemente recorrido a Quatremère,⁵⁵ é a partir de *Canova* que os argumentos ganham uma nova dimensão. Isso aplica-se especialmente à República das Artes, cujas leis estão acima do direito da guerra.⁵⁶ *Ludovico Antonio Muratori*, jurista e historiógrafo das cortes dos duques *Este de Modena*, exigiu, no início do século XVIII, a criação de uma “Repubblica letteraria d’Italia” (it.), uma república própria dos sábios que deveria ser formada pelas melhores

⁵⁴ *Quatremère de Quincy*, *Lettres sur le préjudice qu’occasionneroient aux Arts et à la Science, le déplacement des monumens de l’art de l’Italie, le démembrement de ses Ecoles, et la spoliation de ses Collections, Galéries, Musées*, Paris, 1796 (essa rara primeira edição pôde ser consultada na biblioteca do Museo Civico Bassano; o exemplar ainda estava conservado em seu formato original), p. 2: “En effet, vous le savez, les arts et les sciences forment depuis long-temps en Europe une république (...)” (fr.). Sobre *Quatremère de Quincy*, sua vida e suas opiniões cf. *Maria Grazia Messina*, *L’arte di Canova nella critica di Quatremère de Quincy*, em: *Studi Canoviani*, Roma 1973, p. 119 e seguintes. Sobre a intensa repercussão que as cartas encontraram, cf. o capítulo “La campagne contre le déplacement des oeuvres d’art de l’Italie (1796). – Le dogme de l’italianisation,” em: *René Schneider*, *Quatremère de Quincy et son intervention dans les arts (1788-1830)*, Paris 1910, p. 164 e seguintes e p. 171 e seguintes.

⁵⁵ Por incentivo de *Canova*, o escrito de *Quatremère de Quincy* mencionado na nota anterior foi publicado em Roma, em 1815, numa segunda edição; cf. *Quatremère de Quincy*, *Canova et ses ouvrages ou Mémoires historiques sur la vie et les travaux de ce célèbre artiste*, 2ª ed, Paris, 1836, p. 280: “Qui m’eût dit que vingt ans après, Canova viendrait en France, mon écrit en main, qu’il fit réimprimer, et muni des pouvoirs du Pape Pie VII, pour réclamer, de concert avec les envoyés ou délégués de toutes les autres puissances de l’Europe, les propriétés inaliénables qu’une tyrannie jusqu’alors inconnue avoit enlevées de Rome?” (fr.).

⁵⁶ *Canova* invocou a “république des beaux arts” (fr.) e prosseguiu: “Tout ce qui appartient à la culture des arts et des sciences est hors des droits de la guerre et de la victoire.” (fr.). (Museo Civico Bassano, Manoscritti Canoviani E5 5591).

mentes das diversas e dispersas academias.⁵⁷ Arte e ciência, entendidas como república, personificavam a incipiente Itália. Adicionalmente, *Canova* sabia como efetivamente colocar em prática a ideia da proteção nacional dos bens culturais. Ele já era então o primeiro artista da sua época. Instigado por *Canova*, o novo *Papa Pio VII Chiaramonti* promulgou uma lei, sob a forma de um *Motu Proprio* (It.),^{NT} de 1º de outubro de 1802, que proibia a exportação de bens culturais.⁵⁸ Trata-se também de uma questão de preencher as lacunas das coleções estatais. A consequência foi um protesto por parte dos comerciantes do ramo da arte e da nobreza romana. *Canova* comprou 80 peças destinadas à exportação da família *Giustiniani* com seu próprio dinheiro e doou-lhes ao Papa para o novo museu estatal, o qual seria conhecido como o “Museo Chiaramonti” (it.).⁵⁹

XII. A proteção de bens culturais como tarefa pública – diálogos de Canova com Napoleão

Canova nunca se cansou de enfatizar que a preservação de bens culturais incumbe ao Estado, ultrapassando as relações privadas de propriedade.⁶⁰ Em outubro de 1810, *Canova* está em Paris para modelar um retrato do busto da

⁵⁷ Scritti inediti di Lodovico Ant. *Muratori* pubblicati a celebrare il secondo centenario dalla nascita di lui, Bologna, 1872, p. 63 e seguintes; parcialmente impresso por *FalcolForti* (ed.), *Opere di Lodovico Antonio Muratori*, Milano etc. 1964, p. 177 e seguintes, p. 181: “É detto che singolar profitto potrebbe trarsi da tante accademie sparse per l'Italia, se queste tutte si volgessero a trattar le scienze e l'arti secondo la possa chi ciascuno. Aggiungiamo che tutte queste accademie collegate insieme potrebbero costituire una sola accademia e repubblica letterario, l'oggetto di cui fosse perfezionar le arti e scienze col mostrarne, correggerne gli abusi e col'insegnarne l'uso vero” (it; grifos no original). Ver também *Aldo Andreoli*, *Come nacque nel Muratori l'idea dei “Primi Disegni della Repubblica letteraria d'Italia”*, em: *Accademia Nazionale di Scienze. Lettere e Arti Modena – Atti e Memorie serie VI, vol. XI* (1969), p. 64.

^{NT} “*Motu proprio*” é expressão latina que significa “de iniciativa própria”. No âmbito do Direito Canônico, é uma espécie de decreto legislativo, escrita e assinada pelo Papa em decorrência de sua própria iniciativa, daí o cabimento do nome. Usualmente, lidam com assuntos significativos e relevantes em um momento específico da história do Vaticano. Para maiores informações, ver *F. L. Cross e E. A. Livingstone*, *The Oxford Dictionary of the Christian Church*, Oxford University Press 2009, p. 1127.

⁵⁸ *Memorie di Antonio Canova scritte da Antonio d'Este e pubblicate per cura di Alessandro d'Este con note e documenti*, Firenze 1864, p. 112.

⁵⁹ *Antonio d'Este, op.cit.* 58, p. 113.

⁶⁰ *Canova a Napoleão: “Quella chiesa di Santa Croce (...) é in assai cattivo stato: dal tetto vi piove, ed ogni parte abbisogna di ripari. É della gloria della Maestà Vostra il conservare que'bei monumenti, e se il Governo va al possesso delle rendite, è bem giusto che lasci la dote pel mantenimento delle fabbriche (...)”* (it), citado a partir de *Giovanni Rosini*, *Saggio sulla vita e sulle opere di Antonio Canova*, Pisa 1826, Nota 57, p. XXX.

imperatriz *Maria Luísa*. Na ocasião, ele registra seus diálogos com *Napoleão*,⁶¹ que havia adquirido antiguidades do príncipe Borghese. Canova podia dar-se ao luxo de apontar que povo romano tinha um direito sagrado às antiguidades encontradas (dt. *Antikenfunde*), as quais não poderiam ser removidas de Roma, nem por famílias da nobreza, nem pelo próprio príncipe.⁶²

Napoleão convidou Canova para ficar em Paris, aludindo os importantes monumentos artísticos que então lá encontravam-se. A estátua de Hércules de Farnésio permanecia, contudo, em Nápoles, mas um modo de adquiri-la ainda haveria de ser descoberto. *Canova* respondeu: “*Lasci Vostra Maestà, lasci almeno qualche cosa all’Italia. Questi antichi monumenti formano catena e collezione con infinti altri che non si possono trasportare né da Roma né da Napoli*” (it.)⁶³ [pt. Deixe Vossa Majestade, deixe ao menos alguma coisa para a Itália. Esses antigos monumentos formam uma corrente e uma coleção com infinitos outros que não podem ser transportados, nem de Roma, nem de Nápoles].

É possível que *Canova* tenha embelezado consideravelmente esses diálogos, cujo manuscrito original foi preservado. Como principal artista da sua época, no entanto, *Canova* podia expressar sua opinião livremente. Um reflexo do efeito quase hipnótico que *Canova* exercia sobre seus contemporâneos pode ser lido na obra “Promenades dans Rome” (fr.), de *Stendhal*. Nela, encontram-se não só os epítetos “imortal” ou “divino”,⁶⁴ quando *Canova* é mencionado, mas também o sonho de *Stendhal* de passar a noite na Basílica de São Pedro, em frente ao cenotáfio dos exilados reis *Stuart*, para que pudesse estar perto dos anjos de *Canova*.⁶⁵ Após a derrota de *Napoleão* em Waterloo, uma decisão acerca das obras de artes levadas para Paris pelos franceses deveria

⁶¹ Ver quanto a este tópico e aos seguintes o capítulo “Dialoghi del Canova con Napoleone”, em: *Melchior Missirini*, Della vita di Antonio Canova, Prato 1824, p. 243 e seguintes. Impressão literal dos registros dos diálogos por *Giovanni Rosini*, op. cit. 61, Nota 57, p. XIX e seguintes.

⁶² *Missirini*, op. cit. 61, p. 245.

⁶³ Citado a partir de *Missirini*, op. cit. 61, p. 244-245.

⁶⁴ *Stendhal*, Voyages en Italie, Éditions Gallimard 1973, p. 693. Sobre “l’inarrivabile Canova” (it.), fala *Leopoldo Cicognara*, Del bello, Pavia 1825 (edição original de 1808), p. 209. Quando *Canova* retornou à sua cidade natal Possagno em 1798, após a ocupação de Roma por tropas francesas, tocavam os sinos: *Paolin*, Canova e Possagno, 1987, p. 28. A arte de *Canova* não foi, porém, imune a críticas; cf. *Carl Ludwig Fernow*, Über den Bildhauer Canova und dessen Werke, em: Römische Studien, Erster Theil, Zürich 1806, p. 11 e seguintes. *Thorwaldsen* tornou-se adversário de *Canova*. Por outro lado, fala *Fernow*, no local mencionado, p. 28 e seguinte, do “entusiasmo de uma nação inteira” por *Canova*.

⁶⁵ Cf. *Stendhal*, op. cit. 64, p. 632.

ser tomada. Assim, o *Papa Pius VII* nomeou *Canova* como embaixador dos Estados Papais, incumbindo-lhe de recuperar as obras de arte romanas.⁶⁶

XIII. Antonio Canova em Paris (1815) – A restituição das obras de arte romanas

Em Paris, *Canova* logrou assegurar e pessoalmente efetuar a restituição da maioria das obras de arte à Roma e às demais cidades dos Estados Papais. O direito secular do vitorioso à pilhagem perdeu sua força, tornando visíveis os contornos de um direito internacional humanitário.⁶⁷

Os detalhes desses acontecimentos revolucionários para a história da proteção internacional dos bens culturais foram abordados diversas vezes.⁶⁸ No ponto, pouco interessa o papel das potências vitoriosas e a assistência energética prestada pelo *Duque de Wellington*, o qual queria dar uma “great moral lesson” (en.) aos franceses, conforme escreveu a Lorde *Castlereagh* em 23.09.1815.⁶⁹ Relevantes são os argumentos jurídico-políticos utilizados por *Canova* em suas notas, cartas e conversas; pois, como *Canova* disse a *Talleyrand*: “Le Pape n’a que des raisons et des prières” (fr.).⁷⁰ A situação relativa à propriedade era sombria, uma vez que a cessão (dt. *Abtretung*) da maioria das obras de arte estava prevista em um tratado estatal. Poder-se-ia argumentar, contudo, que o surgimento do Tratado de Tolentino se deu de forma forçada (dt. *unter Zwang*) e que foi posteriormente violado pelos franceses, quando compeliram o Papa Pio VI a renunciar.⁷¹ A principal preocupação de *Canova*, no entanto, era a preservação dos monumentos locais e das tradições antigas, bem como a possibilidade de retorno das obras de arte ao local onde elas

⁶⁶ Cf. *Antonio d’Este*, op. cit. 58, p. 198 e seguintes.

⁶⁷ Cf. *Canova*, op. cit. 56.

⁶⁸ *Antonio d’Este*, op. cit. 58, p. 198 e seguintes; *Giovanni Contarini*, *Canova a Parigi nel 1815* - Breve Studio storico condotto su documenti e manoscritti originali inediti, Feltre 1891. *Canova* deixou para trás, em Paris, uma pequena parte das obras de arte. Dessa forma, conseguiu que essas fossem descritas pelos franceses como um “presente” e o reconhecimento jurídico da restituição das demais obras de arte pela França; cf. *Missirini*, op. cit. 61, p. 389-391.

⁶⁹ Museo Civico Bassano, Manoscritti Canoviani (E22) 5508: “Not only then would it, in my opinion, be unjust in the Sovereign to qualify the people of France on this subject, at the expense of their own people, but the sacrifice they would make, would be inpolitical, as it would deprive them of the opportunity of giving the people of France a great moral lesson.” (en.).

⁷⁰ Na tradução para o italiano em *Malamani*, op. cit. 45, p. 197: “Certamente io dissi che il Papa non ha armi; Egli non ha che ragioni e preghiere”.

⁷¹ Ver quanto a este tópico e aos seguintes, “minuta autografa” (it.) por *Antonio Canova*, Museo Civico Bassano, Manoscritti Canoviani (E5 5591).

pudessem ser compreendidas como um todo e servir como instrumentos de educação.⁷² Trata-se, portanto, de “proteger o conjunto” (dt. *Ensembleschutz*), o que ainda hoje representa uma ideia fundamental da proteção dos bens culturais.⁷³ Quando seus parceiros de negociação (dt. *Verhandlungspartner*) argumentaram que muitos bens culturais em Roma estavam empoeirados e inacessíveis⁷⁴ – argumento bastante atual e de uso corrente por viajantes que hoje visitam a Itália, *Canova* assegurou-lhes que as obras seriam acessíveis ao público após sua restituição e escreveu uma carta para esse efeito ao cardeal *Consalvi*.⁷⁵ A ideia de um museu nacional que fosse acessível a todos implicou um avanço para a causa: a “Transfiguração” de *Rafael* retornou à Roma.

XIV. Canova e o retorno de parte da Biblioteca Palatina à Heidelberg

De passagem, pode-se mencionar que a Universidade de Heidelberg soube envolver-se habilmente no caso.⁷⁶ Dentre os 100 valiosos livros que foram levados da Biblioteca Vaticana para a França, encontravam-se 39 Códigos que outrora haviam pertencido à Biblioteca Palatina. Após a ocupação de

⁷² *Canova, op. cit.* 71.

⁷³ *Canova, op. cit.* 71: “La décomposition du Musée de Rome est la mort de toutes les connaissances, dont son unité est le principe” (fr.). A ideia oposta do “*Musée Napoléon*” era a de um museu cronológico, no qual toda a história da arte deveria ser retratada da forma mais completa possível. Ver *Cornelia Syre, Der Kunst-“Enthusiasm” Ludwigs und die Erwerbung der Gemälde, in: Syre, Frühe italienische Gemälde aus dem Bestand der Alten Pinakothek, München 1990, p. 21-22. Sobre o “Musée Napoléon”, cf. Paul Wescher, Kunstraub unter Napoleon, Berlin 1976, p. 88 e seguintes.*

⁷⁴ Cf. *Antonio d’Este, op. cit.* 58, p. 205 e seguintes; *Wescher, op. cit.* 73, p. 138 e seguintes; *Bruno Molajoli, Le benemerenze di Antonio Canova nella salvaguardia del patrimonio artistico, em: Rosso-Mazzinghi, op. cit.* 31, p. 13 e seguintes.

⁷⁵ Carta de Canova de 2.10.1815, publicada por *Antonio d’Este, op. cit.* 58, p. 206-207, nota: “il pontificio governo d’ora in poi, invece di lasciare tali monumenti dispersi qua e colà, come erasi fatto in adietro in siti disavantaggiosi, e non accessibili agli artisti, ne avria instituita una pubblica galleria, sull’esempio delle altre insigni capitali d’Europa, perchè rimaner debbono esposti allo Studio e commodo della gioventù d’ogni nazione che recasi a Roma ad apprendere le arti del disegno (...)” (it). “Quest’asserzione cagionò gran persuasione negli animi, ed influì particolarmente a sanzionare la recupera dei reclamati oggetti. Sicchè il loro ritorno alla patria che gli vidde nascere viene accordato con l’espressa condizione che servano a pubblica e generale utilità (...)” (it).

Para questões similares, cf. *Rudolf Borchardt, L’Italia derubata e i musei stranieri- Lettera a Giacomo Boni, em: L’Italia e la poesie tedesca, Aufsätze und Reden 1904-1933, Frankfurt/Main 1988, p. 11 e seguintes.*

⁷⁶ Ver *Herbert Bastgen, Vatikanische Dokumente zur Herausgabe der Codices an die Heidelberger Universität im Jahre 1816, em: Neue Heidelberger Jahrbücher-Neue Folge 1929, p. 52 e seguintes; Wilhelm Port, Deutsche Akten über die Rückgabe der Bibliotheca Palatina durch den Vatikan im Jahre 1815/16, no mesmo local, p. 100 e seguintes. Os documentos sobre a devolução de parte da Palatina, localizados no arquivo de Canova no Museo Civico de Bassano, ainda não foram tornados públicos.*

Heidelberg em 1622, eles foram roubados por *Tilly* e entregues a *Maximiliano da Bavária*, que os presenteou ao Papa.⁷⁷ Dessa forma, a Biblioteca Palatina se tornou parte da Biblioteca Vaticana. Canova transmitiu o pedido de devolução de Heidelberg à Roma, sugerindo que as peças de Heidelberg fossem depositadas junto à legação inglesa em Paris.⁷⁸ Em um momento no qual predominava a ideia de proteção nacional de bens culturais, o Papa não pôde deixar de atender ao pedido. Assim, os 39 Códigos retornaram à Heidelberg.

É interessante perquirir agora sobre a argumentação para a devolução de parte da Biblioteca Palatina.⁷⁹ Foram sobretudo os representantes da Prússia que acolheram o pedido do Grão-Ducado de Baden. Eles consideraram – conforme relatado pelo pró-reitor *Wilken* em um panfleto de 1817 – “essas reivindicações de nossa universidade não como um assunto especial de uma única instituição de ensino, mas como uma questão nacional alemã”.⁸⁰

Canova – “o famoso artista, um homem do mais alto senso de nobreza e reconhecido por todos devido à sua equidade e liberalidade”⁸¹ – assumiu a causa de Heidelberg para si. Na dicção de suas cartas, destaca-se novamente a República das Artes e da Ciência, a qual já havia sido evocada por *Canova* e *Quatremère de Quincy*.⁸²

Após o primeiro sucesso, *Wilken* decidiu ir além e exigiu a devolução de toda a Biblioteca Palatina.⁸³ O *Papa Pio VII* rejeitou essa requisição em uma carta do Cardeal *Consalvi* ao Chanceler de Estado prussiano, o príncipe de *Hardenberg*.⁸⁴ Os argumentos não perderam a sua atualidade, tendo permanecido os mesmos: a legalidade da aquisição a título gratuito, a qual não pode ser comparada ao roubo de obras de artes pelos franceses; o maior

⁷⁷ Cf. *E(Imar) M(ittler)*, Raub oder Rettung, em: *Elmar Mittler et al. (ed.)*, Bibliotheca Palatina – Katalog zur Ausstellung de 8 de julho a 2 de novembro 1986 Heiliggeistkirche Heidelberg Textband, p. 458 e seguintes.

⁷⁸ *Wilken*, Geschichte der Bildung, Beraubung und Vernichtung der alten Heidebergischen Büchersammlungen, Heidelberg 1817, p. 242 e seguinte. Por intermédio do Major-general prussiano *von Müffling*, os livros foram-lhe entregues sob sua guarda.

⁷⁹ Ver, quanto a este tópico e aos seguintes, *Wilken*, op. cit. 78, p. 238 e seguintes.

⁸⁰ *Wilken*, op. cit. 78, p. 239.

⁸¹ *Wilken*, op. cit. 78, p. 241-242. *Fernow*, op. cit. 64, já aludia “das seltene Glück Canova’s, keinen Feind zu haben” (dt.). Em tradução livre: “a rara sorte de Canova de não ter nenhum inimigo”.

⁸² Carta de *Antonio Canova* de 3.10.(1815); *Wilken*, op. cit. 78, p. 242-243, original – como conceito próprio de Canova – no Museo Civico de Bassano, Manoscritti Canoviani (E35) 5621: “Voglia [em *Wilken*: voglio] vedere che questo [em *Wilken*: questa] sarà conforme al desiderio di Lei e di me, si giustamente (...)” (it.). *Canova* fala aqui de 39 manuscritos; na carta enviada, faz-se referência a “39(38)”.

⁸³ *Wilken*, op. cit., p. 78

⁸⁴ A carta de 30. 12. 1815 foi publicada por *Wilken*, op. cit. 78, p. 248-256.

transcurso temporal; a segurança jurídica; o significado da Biblioteca não só para a Igreja, mas também para o “*principato*” (it.), ou seja, para o Estado romano. Somente em um ponto o Papa Pio sucumbiu às recém-formadas convicções jurídicas (dt. *Rechtsüberzeugung*), ordenando que outros 847 manuscritos alemães fossem devolvidos à Heidelberg:

“*Prova ora un egual sentimento per i manoscritti e codici risguardanti la scienza nazionale.*” (it.)⁸⁵ [Ele demonstra agora um sentimento igual para os manuscritos e Códigos relativos à ciência nacional.]

A convicção jurídica da existência de uma terra natal nacional de certos bens culturais havia crescido tanto àquela altura, que *Pius VII* – possivelmente sob a influência de *Canova* – cedeu nesse ponto. O pró-reitor *Wilken*, utilizando-se desse argumento nacionalista, conseguiu persuadir o Vaticano a devolver cinco outros Códigos latinos, os quais tinham um valor especial para a literatura alemã, em particular para a história local de Heidelberg.⁸⁶ As demais peças permaneceram em Roma, retornando temporariamente ao seu local de origem na Igreja do Espírito Santo (dt. *Heiliggeistkirche*) apenas em 1986 para o 600º aniversário da Universidade de Heidelberg. Hoje, nos tempos da reprodução e do microfilme, a situação relativa aos livros foi quase que totalmente resolvida. Para o nosso contexto, é importante notar que a

⁸⁵ Citado a partir de *Wilken, op. cit.* 78, p. 255 supra. A reação ao retorno desses manuscritos foi grande. *Goethe*, Heidelberg [em: *Schriften zur Kunst*, Zürich 1954, p. 676 e seguintes., 707 e seguinte] escreve: “Höchsterfreulich und bedeutend muß es uns nun sein, am Ende dieses Heftes noch die Nachricht einzurücken, daß auf allerhöchste Verwendung Ihre Majestäten des Kaisers von Österreich, und Königs von Preußen, Seine päpstliche Heiligkeit der Universität Heidelberg nicht nur die in Paris gefundenen Werke aus der ehemaligen pfälzischen Bibliothek überlassen, sondern nebst diesen noch achthundertsiebenundvierzig aus eben dieser Sammlung herrührende Bände, welche sich noch in der vatikanischen Bibliothek befinden, zurückzugeben befohlen haben. Jeder Deutsche fühlt den Wert dieser Gabe zu sehr, als daß wir noch etwas Weiteres hinzusetzen dürften. Nur die Betrachtung sei uns vergönnt, wieviel Wünsche der Deutschen sind nicht erfüllt worden, seitdem den Reisenden die freudige Nachricht der Wiederkehr des Schutzpatrons von Köln zum erstmalig entgegen kam.” (dt.). Em tradução livre: “Deve-nos ser agora muito gratificante e significativo acrescentar, ao final deste caderno, a notícia que a Sua Santidade Papal, atendendo ao mais nobre pedido (dt. *auf allerhöchste Verwendung*) da Vossa Majestade imperador da Áustria e rei da Prússia, não apenas deu à Universidade de Heidelberg as obras da antiga Biblioteca do Palatinado (dt. *pfälzischen Bibliothek*) encontradas em Paris, mas também ordenou a devolução de oitocentos e quarenta e sete volumes desta mesma coleção, que ainda se encontram na biblioteca do Vaticano. Todo alemão sente o valor desse presente demais para que possamos crescer-lhe qualquer outra coisa. Somente nos é permitido considerar quantos desejos dos alemães não foram realizados desde que chegou ao conhecimento dos viajantes pela primeira vez a alegre notícia do retorno do santo patrono de Köln”.

⁸⁶ *Wilken, op. cit.* 78, p. 260 e seguintes. Sobre o posterior retorno do Codex Manesse de Paris, cf. *E. Mittler*, em: *Codex Manesse, Katalog zur Ausstellung*, Heidelberg 1988, p. 22 e seguintes.

atribuição dos manuscritos a uma nação deu-se primordialmente, à época, com base na linguagem neles empregada.

XV. Critérios para a determinação da nacionalidade de uma obra de arte

Quando se questiona sobre a nacionalidade das obras de arte na proteção internacional dos bens culturais, deve-se considerar que se está tratando de obras que concernem à identidade de uma nação e de seu povo. Observando a discussão atual, que é bastante controversa, tem-se a impressão de que não se foi muito além de Canova. Na minha opinião, caso queira-se progredir de alguma forma, deve-se tentar elaborar critérios aptos a determinarem a nacionalidade das obras de arte. O artigo 4º da Convenção da UNESCO relativa às Medidas a serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas dos Bens Culturais de 17.11.1970 contém um catálogo de critérios.⁸⁷ Esses, contudo, são apenas mencionados lado a lado, sem que indiquem como se deve proceder caso seus elementos remetam a diferentes países. Ainda assim, resultaram alguns pontos consensuais. Segundo a Convenção, pertence ao patrimônio cultural de um Estado:

“cultural property created by the individual or collective genius of nationals of the State concerned, and cultural property of importance to the State concerned within the territory of that State created by foreign nationals or stateless persons resident within such territory” (en).^{NT}

Em primeiro plano está, pois, obviamente, a nacionalidade do artista. No caso de obras de arte que tenham sido criadas por estrangeiros em território nacional de outro país, é necessário que o estrangeiro resida nesse país. Há, ainda, outros fatores de conexão (dt. *Anknüpfungsmerkmale*), tais como o local da descoberta. Outrossim, o patrimônio cultural de um Estado também

⁸⁷ BT-Drucksache VI/3511 (1972), anexo, p. 3 e seguintes.

inclui objetos culturais que estão localizados no país e cuja aquisição – seja no comércio ou como um presente – foi aprovada pelo Estado de origem.⁸⁸

XVI. Objetos de culto contínuo

Os objetos de culto, ainda não explicitamente mencionados, vêm sendo atribuídos pela jurisprudência e pela doutrina, cada vez mais, ao Estado ou à nação em que se encontra o local de culto para o qual a obra foi criada.^{89,NT} Sobre o assunto, muito citado é o caso do cibório da Catedral de Burgos, cujo doador, o *Duque de Frias* e Condestável de Castela, havia decretado sua inalienabilidade em 1610.⁹⁰ Seus descendentes viram em um precioso vaso, adquirido pelo Barão francês *Pichon* de vendedores espanhóis, exatamente o mesmo cibório de Burgos e ajuizaram uma ação contra o Barão. O Tribunal do Sena (fr. *Tribunal de la Seine*) rejeitou a demanda do Duque em sua decisão de 17 de abril de 1885, pois a lei espanhola não seria aplicável a um vaso adquirido de boa-fé na França.⁹¹ Importava que a lei francesa era a lei do local no momento da compra. Hoje, esse entendimento enfrenta forte

^{NT} Art. 4 a) “os bens culturais criados pelo gênio individual ou coletivo de nacionais do Estado em questão, e bens culturais de importância para o referido Estado criados, em seu território, por nacionais de outros Estados ou por apátridas residentes em seu território”. (Tradução oficial do Senado Federal por meio da promulgação do Decreto Legislativo nº 71, de 1972, p. 4. Disponível em: https://www.museus.gov.br/wp-content/uploads/2010/01/unesco_convencao.pdf)

⁸⁸ Art. 4: “d) Kulturgut, das auf Grund freier Vereinbarung ausgetauscht worden ist; e) Kulturgut, das als Geschenk entgegengenommen wurde oder rechtmäßig mit Billigung der zuständigen Behörden des Ursprungslandes käuflich erworben wurde” (dt.), *op. cit.* 87, p. 4. Na tradução oficial do Senado, referida na nota subsequente: “d) bens culturais que hajam sido objeto de um intercâmbio livremente acordado; e) bens culturais recebidos a título gratuito ou comprados legalmente com o consentimento das autoridades competentes do país de origem dos referidos bens”.

⁸⁹ Atualmente, está pendente a questão sobre o retorno do Tesouro da Catedral de Quedlinburg (*Domschatz von Quedlinburg*), o qual havia aparecido no Texas.

^{NT} Quando da publicação deste artigo, o retorno do Tesouro da Catedral de Quedlinburg ainda era uma questão controversa. Em 1991, contudo, os bens culturais componentes do Tesouro foram restituídos à Catedral, mediante o pagamento da soma de 2,75 milhões aos herdeiros Meador, cf. *Kartik Ashta, Justine Ferland, Marc-André Renold*, Case Quedlinburg Treasures – Quedlinburg Church and Meador Heirs, em: Platform ArtThemis (<http://unige.ch/art-adr>), Art-Law Centre, University of Geneva, 09.11.2021.

⁹⁰ Cf. *Lagarde*, Le commerce de l’art en droit international privé français, em: *Pierre Lalive*, *op. cit.* 18, p. 389 e seguintes., 403-404.

⁹¹ Tribunal civil de la Seine, 17. 4. 1885, em: *Clunet-Journal de Droit International Privé et de la Jurisprudence Comparée* 13 (1886), p. 593 e seguintes. O Tribunal entendeu o artigo 2279 do Code Civil (“En fait de meubles, la possession vaut titre”; fr.) como “loi de police” (fr.), “obligant, suivant l’art. 3 du Code Civil, tous ceux qui habitent sur le territoire français” (fr.) (p. 595).

oposição.⁹² Essa foi instada a agir a partir do caso de uma escultura de um monarca divino de Camarões, que apareceu em uma exposição nos Estados Unidos como propriedade de um negociador de arte nova-iorquino na década de 70. Trata-se da escultura *Afro-A-Kom*, a qual retornou ao seu santuário nas terras altas de Camarões após muitas negociações. Na doutrina, desenvolveu-se a percepção que o bem cultural de um culto contínuo deve ser atribuído à nação na qual se encontra o local de culto.⁹³ De qualquer forma, a maioria das leis nacionais preveem proibições de exportação.

A análise da jurisprudência recente, todavia, revela seus ocasionais traços burlescos. O julgamento do Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen (dt. *Verwaltungsgericht Gelsenkirchen*) de 5 de junho de 1985 teve por fundamento uma disputa legal na qual o proprietário de uma coleção etnológica havia solicitado, em vão, aos órgãos estatais a inclusão da coleção no Registro de Bens Culturais Valiosos. O caso tratava, primordialmente, sobre um grande crocodilo sagrado (dt. *Kult-Groß-Krokodi*), com 7,5 metros de comprimento.⁹⁴ O Tribunal entendeu que o objeto não só não tinha relação com a cultura alemã, como também não fora criado por artistas de nível internacional, e, assim, rejeitou a demanda. Interessante nesse caso é que o proprietário claramente buscava a valorização da sua coleção como bem cultural nacional. Obviamente que tais objetos podem ser entendidos por um povo ou por uma tribo como fundamentais para a sua identidade, mas a nação alemã não foi, desta vez, a destinatária correta.

XVII. Nacionalidade como resultado da recepção da obra de arte

Mais alguns apontamentos sobre a nacionalidade do artista como critério de atribuição para as obras de arte por ele criadas. Os artistas frequentemente consideravam-se e consideram-se indivíduos que estão fora da sociedade (dt. *Außenseiter der Gesellschaft*), conforme *Margot e Rudolf Wittkower* comprovaram em sua monografia de larga-escala, intitulada “*Born under Saturn*” (en.).⁹⁵ Em seu famoso ensaio, George Steiner enxerga o artista como

⁹² Cf. *Merryman*, Il controllo nazionale sull'esportazione dei beni culturali, Rivista di diritto civile 1988-1, 633 e seguintes., 637 e seguinte; sobre a “*Afro-A-Kom*” cf. *Nafziger*, op. cit. 33, p. 809.

⁹³ *Merryman*, op. cit. 92.

⁹⁴ VerwG Gelsenkirchen, 5. 6. 1985-4 K 1357/84 – (sem acesso ao público).

⁹⁵ *Margot und Rudolf Wittkower*, Künstler – Außenseiter der Gesellschaft, segunda edição alemã do livro “*Born under Saturn*” (1963), Stuttgart, Klett-Cotta 1989.

“extraterritorial” (en.).⁹⁶ Isso não impede, todavia, que a nação do artista o compreenda como “seu”; e suas obras, como nacionais. Pensa-se, por exemplo, no retrato de Goya.⁹⁷ Nesse sentido, nacionalidade é o resultado da recepção de uma obra de arte por uma nação.

Resumindo, percebe-se que são importantes: a nacionalidade do artista; os locais de origem e de destino da obra de arte; o local da descoberta, no caso de antiguidades; e a relação funcional, quando se tratarem de objetos de culto. Soma-se a isso o significado da obra de arte para a nação. Nem toda obra de arte de um artista alemão é automaticamente um bem cultural nacional. Em contrapartida, outras características podem assumir importância se a referência nacional for atribuída. Inicialmente, Berlim havia indicado unicamente o quadro de *Watteau*, adquirido de uma coleção de arte de Haia por *Fredérico, o Grande* e conhecido pelo título de “*Embarquement pour Cythère*” (fr.), como obra de arte nacional na aceção da lei alemã.⁹⁸ Desde 1829, o quadro estava pendurado no Palácio da cidade de Berlim (dt. *Berliner Stadtschloß*), tendo posteriormente adornado o salão da imperatriz Augusta Vitória. O quadro permaneceu na posse privada da Casa *Hohenzollern*, entrando pela primeira vez na posse pública há poucos anos. Nesse caso, foram decisivas para a atribuição a nacionalidade e a importância dos possuidores, ao passo que o artista ficou em segundo plano. Por conseguinte, existem, legalmente falando, obras de *Watteau* francesas e alemãs.

XVIII. A nação como conceito jurídico

A dificuldade na aplicação prática de um tal catálogo de critérios reside no fato de que muitas obras de arte não podem ser claramente atribuídas. Isso também tem relação com a própria nação como conceito jurídico ser menos compreensível que o Estado.⁹⁹ *Mancini*, o qual viu na nação a mônada da

⁹⁶ *George Steiner, Extraterritorial – Papers on Literature and the Language Revolution, 1975.*

⁹⁷ *Op. cit.* 37. Sobre a nacionalidade de um filme, é elucidativa uma decisão do *Consiglio di Stato* italiano de 16.12.1980 (*op. cit.* 24): a nacionalidade do diretor não é fator determinante, mas sim a recepção de sua criação na Itália.

⁹⁸ Ver *Dilly, Ein Verfassungsauftrag*, em: *Glanzlichter – 40 Jahre Engagement des Bundes für die Kunst, Städtisches Kunstmuseum Bonn 1989 XXIV* e seguintes. XXV; *Börsch-Supan, Antoine Watteau – Embarquement pour Cythère*, no mesmo local, p. 88 e seguintes., 91 e seguinte; cf. também *Watteau 1684-1721 – Katalog der Ausstellung der Galeries nationales du Grand Palais, Paris 1984*, n. 62, p. 406 e seguintes; *Jutta Held, Antoine Watteau – Einschiffung nach Kythera, 1985*, p. 24 e seguintes.

⁹⁹ Cf. *Jayme, Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888) – Die Nation als Rechtsbegriff im Internationalen Privatrecht, JuS 1988*, p. 933 e seguintes.

ciência do direito internacional,¹⁰⁰ orientou-se por Vico ao agrupar características distintas, singulares e objetivas, como a língua, os costumes, a lei, a religião, a raça e o país (*Vico* fazia referência ao termo “*terre*” – it.),¹⁰¹ e ao acrescentar a premissa subjetiva da consciência do pertencer a uma nação. Consequentemente, normas jurídicas que utilizam o termo “nacional” são raramente adequadas para simples subsunções. Trata-se antes da aplicação prática da técnica jurídica da adscrição (dt. *juristische Anwendungstechnik der Adskription*),¹⁰² isto é, a atribuição de uma obra de arte considerando-se todas as circunstâncias.

Nesse contexto, a criação de modelos para situações de conflitos, nas quais os critérios apontem para diferentes nações, é particularmente importante para se evitar disputas.

XIX. Nacionalidade e territorialidade como conflito

Vimos que a nacionalidade do artista pode ser especialmente importante para uma determinada atribuição. Por outro lado, sempre se assumiu um vínculo territorial da obra de arte.¹⁰³ É o caso de obras de arte que se encontram em outro país que não o de origem do artista. Isso pode resultar do fato de o próprio artista ter trabalhado para um cliente (dt. *Auftraggeber*) e, por essa razão, sua obra se encontra em outro país. Foi dessa forma que *Dürer* pintou “*das Rosenkranzfest*” (dt.) em nome de seus compatriotas, em 1506, para a São Bartolomeu, a igreja dos alemães em Veneza.¹⁰⁴ Ele adotou a composição de quadros de “*Sacra Conversazione*”^{NT} de Bellini; na paisagem, percebem-se semelhanças com a “*Madonna degli Alberetti*” de Bellini.

¹⁰⁰ *Mancini*, Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti (1851), em: *Diritto internazionale – Prelezioni con un saggio su Macchiavelli*, Napoli 1873 (Nova impressão Vaduz 1978, p. 42; ver *Treggiari*, *Nationales Recht und Recht der Nationalität – Mancini*, em: *Jayme-Mansel* (eds.), op. cit. 25, p. 145 e seguintes., 150.

¹⁰¹ *Giambattista Vico*, *La scienza nuova*, Rizzoli 1977, p. 452.

¹⁰² Para essa metodologia jurídica tipológica, cf. *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, anexo 4. 1979, p. 200 e seguintes., 443 e seguintes.

¹⁰³ Cf. *Engstler*, op. cit. 10.

¹⁰⁴ *Wöflflin*, *Die Kunst Albrecht Dürers*, anexo 6 (revisado por Gerstenberg), München, 1943, p. 175 e seguintes.

^{NT} “*Sacra Conversazione*” é uma expressão italiana que significa “conversação sagrada”. Trata-se de um estilo artístico empregado em peças de altares, caracterizado pela presença de um grupo de santos em torno da Virgem Maria e do Menino Jesus em um espaço unificado. Cf. *The National Gallery*, *Sacra Conversazione*, Glossary em: *The National Gallery* [online], c2015-2021. Disponível em: <https://www.nationalgallery.org.uk/paintings/glossary/sacra-conversazioni>.

Na sua monografia sobre *Dürer, Wölfflin* escreve a respeito do menino Jesus¹⁰⁵ que: “*Dürer* é aqui quase mais italiano do que os próprios italianos.” O quadro foi adquirido pelo Imperador *Rudolf II*, em 1606, para a sua galeria em Praga. Se ainda hoje estivesse pendurado em Veneza, e não no Palácio de Sternberg, em Praga, então seria provavelmente uma pintura legalmente italiana. Mesmo o busto da “*Venere Italica*”, com o qual *Canova* presenteou o *Duque de Wellington* como agradecimento por seu auxílio na restituição das obras de arte, é hoje um bem cultural legalmente britânico.¹⁰⁶

Caso obras de arte criadas em outros países que não o de origem do artista não aparentem ser encomendadas, elas podem ser atribuídas ao país de origem do artista. Vejamos os grandes aquarelistas: *Richard Parkes Bonington*, em Veneza,¹⁰⁷ *Macke e Klee*, em Tunis, *Anders Zorn*, em Granada.¹⁰⁸ Suas obras permanecem legalmente reconhecidas como quadros ingleses, alemães e suecos. Similar foi o que ocorreu com *Matisse* no Marrocos.¹⁰⁹ Os quadros lá criados, de cuja beleza mágica o mundo, fascinado, tornou-se recentemente consciente mediante a abertura dos museus russos, são obras de autodescoberta. Elas seguem a tradição francesa de um Romantismo orientalizante, não sendo imagens do Marrocos, cuja identidade prescinde de uma confirmação por *Matisse*. Ademais, *Matisse* frequentemente pintava seus quadros marroquinos para clientes moscovitas.

Cenário diverso é o convite de *Bonnard* para ir a Hamburgo pintar o Alster. Nesse caso, prevalece o local de origem.¹¹⁰

¹⁰⁵ *Wölfflin*, *op. cit.* 105, p. 180: “Das Kind selbst ist in der Absicht geschaffen, reiche Bewegung zu geben und zugleich den Körper in allen seinen Gliederungen klar zu machen. Dürer ist hier fast italienischer als die Italiener selber.” (dt.). Em tradução livre: “A própria criança foi criada com a intenção de dar um rico movimento e, simultaneamente, de mostrar claramente o corpo em todas suas partes. Dürer é aqui quase mais italiano do que os próprios italianos.”

¹⁰⁶ Cf. *Antonio d’Este*, *op. cit.* 58, p. 245; *Malamani*, *op. cit.* 45, p. 219.

¹⁰⁷ Cf. *Rödiger-Diruf*, Zu Richard P. Bonington und zur Kunst im England des 18. Jahrhunderts, em: Katalog der Städtischen Galerie Karlsruhe im Prinz-Max-Palais “‘Richard Parkes Bonington’ (1802-1828) – Paul Sandby – Wegbereiter der Aquarellmalerei” 1989, p. 19 e seguintes, 39 e seguintes; *Neil Walker*, Richard Parkes Bonington 1802-1828, mesmo local, p. 107 e seguintes., 111 e seguintes.

¹⁰⁸ *Jens Christian Jensen* (ed.), *Anders Zorn 1860-1920*, Kiel 1989, p. 223 n. 30 e 31.

¹⁰⁹ Cf. *Werner Spies*, Der selbthafte Nomade – Matisse in Marokko, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 8. 8. 1990, n. 182, p. 21.

¹¹⁰ *Alfred Lichtwark* (1886-1914), diretor da galeria de arte de Hamburgo (dt. *der Hamburger Kunsthalle*), convidou diversos artistas estrangeiros para pintarem um “quadro de Hamburgo” (*Hamburg-Bilder*). Assim, em 1913, vieram a Hamburgo *Edouard Vuillard* e *Pierre Bonnard*. Ambos os artistas pintaram vistas do Alster; cf. *Hentzen* (ed.), *Hamburger Kunsthalle – Meisterwerke der Gemäldegalerie* 1969, p. 13 assim como as figuras n. 328, 329, 331.

XX. Identidade nacional e cosmopolitismo

Na minha opinião, a solução para as questões de atribuição da nacionalidade deve ser encontrada a partir da elaboração de critérios de atribuição internacionalmente compatíveis, que possibilitem a cada nação preservar a sua identidade. A nacionalidade do artista está em primeiro plano, mas a nação para a qual a obra de arte foi criada é mais importante. Trata-se sempre da própria nação aceitar suas obras de arte como nacionais. Em um mundo no qual as restrições técnicas impõem a uniformidade sem alma dos objetos, as obras de arte assumem, mais do que nunca, a tarefa de restituir aos indivíduos sua identidade cultural, que é o que possibilita a sua existência humana em primeiro lugar. Obras de arte, assim como a linguagem, são símbolos de um vínculo coletivo com outras pessoas. A experiência do igual e do diferente, a distinção de acordo com nações está em conflito com a ideia do cosmopolitismo.¹¹¹ Mesmo com as rápidas transformações das fronteiras cadentes, a atribuição nacional das obras de arte não perde seu sentido. Ela é o modo mais pacífico pelo qual o indivíduo pode se afirmar contra a corrente do uniforme¹¹² (dt. *Strom des Uniformen*).

¹¹¹ A atribuição nacional da obra de arte e o cosmopolitismo não são mutuamente excludentes. Canova escreveu aos seus parceiros comerciais em Paris: “Devesi aggiungere, che il Santo Padre non reclama solamente queste cose pei Romani, ma pel vantaggio di tutte le nazioni civilizzate di Europa” (it., citado a partir de *Missirini, op. cit.* 61, p. 381). Há, contudo, uma relação de tensão correspondente àquela existente entre um Estado nacional e o cosmopolitismo, como descrito por *Meinecke* (*Weltbürgertum und Nationalstaat, Werke V, München 1969*). Ver também, para todo o exposto, *Pierre Coulmas, Weltbürger – Geschichte einer Menschheitssehnsucht, Rowohlt 1990*.

¹¹² Ver sobre todo o exposto *Marquard-Stiele* (ed.), *Identität*, em: *Poetik und Hermeneutik VIII, München 1979*.

Globalização no direito da arte: conflito de interesses e tendências internacionais*

Erik Jayme**

Tradução de Jéssica Pinheiro Oyarzábal,
Taís Bigarella Lemos e Victoria Franco Pasqualotto***

Sumário: I. Introdução. II. Os interesses globais. 1. Acesso público a obras de arte. 2. Estatutos anti-apreensão. 3. Proteção dos Direitos Humanos. 4. Paz e limitações de tempo. III. Os interesses nacionais. 1. Arte e Identidade Nacional. 2. Controle de exportação. 3. A nacionalidade da obra de arte. 4. Nações, minorias. IV. Os interesses das partes privadas. 1. As restrições do proprietário. 2. Conflito de leis – *lex rei sitae* ou *lex originis*?. 3. O artista e o “*droit de suite*”. V. O interesse das obras de arte. 1. Funções religiosas. 2. A proteção do contexto – parques e jardins. 3. Integridade. VI. Os interesses do mercado da arte – liberdade de comércio. 1. Livre mercado e controle de exportação. 2. Direito antitruste. 3. Segurança jurídica. VII. Conflito de interesses. VIII. Novas técnicas em casos internacionais. 1. Normas “narrativas” – O consenso de Washington. 2. Relevância prática do Direito da arte estrangeiro – dados locais. IX. Conclusões.

* Artigo publicado originariamente com o título “*Globalization in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies*” em: 38 Vand. J. Transnat’l L. 927, 2005, p. 927-945 (Charles N. Burch Lecturship da Vanderbilt University Law School).

** Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Erik Jayme LL.M. (Berkeley) é professor e diretor emérito do Instituto de Direito estrangeiro, internacional privado e econômico da Universidade de Heidelberg, Alemanha. O autor sentiu-se muito honrado pelo convite para dar a palestra *Burch* de 2005 e agradece ao Professor *Jeffrey Schoenblum* pela ajuda e encorajamento. Agradecimentos também ao Dr. *Matthias Weller* pelas proveitosas sugestões durante o texto.

*** Jéssica Pinheiro Oyarzábal é bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2013) e mestranda da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), onde cursou pós-graduação em Direito Internacional em 2014. Advogada. E-mail: jessica@sko.com.br.

Taís Bigarella Lemos é bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (2018) e mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada. E-mail: taisbigarella@gmail.com. Victoria Franco Pasqualotto é bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (2018), com láurea acadêmica, e mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada. E-mail: victoria@marinoni.adv.br.

As tradutoras são orientandas da Profª Drª Ms. Lisiane Feiten Wingert Ody junto ao PPGDir-UFRGS e membros do Núcleo de Pesquisa em Direito Comparado e Internacional, liderado pela docente.

I. Introdução

Questões atuais do direito internacional da arte normalmente provocam conflitos de interesses de tipos fortemente diferentes. Na maioria dos casos, a solução deriva de uma abordagem caracterizada pela ponderação mais ou menos oculta dos interesses. Assim, parece útil identificar esses interesses a fim de demonstrar as tendências recentes no direito internacional da arte.

Até onde consigo ver, os seguintes interesses típicos podem ser extraídos dos campos de batalha do direito internacional da arte: (1) os interesses globais da sociedade civil internacional, (2) os interesses nacionais de Estados e nações em manter obras de artes de significado nacional no país natal, (3) os interesses privados dos donos das obras de arte ou dos artistas, (4) os interesses das obras de arte em si mesmas, e, finalmente, (5) os interesses do mercado.

II. Os interesses globais

Deixe-me começar pelos interesses globais. *Globalização* significa que a sociedade civil internacional articula os seus interesses independentemente daqueles dos Estados e das nações. Tornou-se uma preocupação mundial que os Estados não são suficientemente responsáveis pelos interesses da humanidade, de forma independente dos interesses dos Estados ou das nações.

No campo do direito da arte, duas características principais ilustram o impacto da globalização: a primeira é a reivindicação por acesso público às principais obras de arte; a segunda, a proteção da livre movimentação das obras de arte para exposições internacionais.

1. Acesso público a obras de arte

O argumento do acesso público pode ser remetido ao início do Século XIX. Quando Antonio Canova, o famoso escultor e diplomata do Papa, solicitou na Conferência de Paris de 1815 pelo retorno da obra de arte que Napoleão tinha levado da Itália para a França, deparou-se com o argumento de que a restituição iria dispersar vários objetos para diferentes lugares não acessíveis ao público.¹ Em uma carta datada de dois de outubro de 1815, Canova explicou para o então Secretário de Estado, Cardinal Consalvi, que ele tinha confirmado com os representantes de outros Estados que a obra de arte em questão estaria acessível em uma galeria pública. Esse argumento

¹ ERIK JAYME, KUNSTWERK UND NATION: ZUORDNUNGSPROBLEME IM INTERNATIONALEN KULTURGUTERSCHUTZ 25 (Carl Winter ed., Heidelberg 1991).

convenceu os outros participantes da conferência. Eles permitiram, então, que as obras de arte retornassem da França para os seus lugares originais.

Após o retorno de Canova para Roma, ele começou a construir um novo museu público, o Museu Chiaramonti, o que demonstra a proteção das obras de arte pelo Estado em sua iconográfica série de afrescos.² Atualmente, o argumento do acesso público tornou-se tão importante que – para dar um exemplo – a nobreza alemã organizou, pela primeira vez, durante o inverno de 2004-2005, uma exibição comum: “Tesouros dos Castelos Alemães” em Munique, onde coleções centenárias foram mostradas para o público pela primeira vez.³

2. *Estatutos anti-apreensão*

Em um mundo globalizado, tours internacionais garantem ao público acesso às obras de arte. Os interesses globais favorecem a promulgação de estatutos anti-apreensão, que objetivam proteger os trabalhos em exibição de reivindicações de terceiros e garantir a restituição ao mutuante.⁴ Sob tais estatutos anti-apreensão, nenhuma ação contra ou sequestro de obras de arte em empréstimo são permitidas durante o tempo da exibição.

Na Europa continental, os termos *sauf conduit* e *freies Geleit* são usados para realçar a ideia de que as obras de arte são vistas como “diplomatas de boa vontade” e, assim, tem proteção internacional durante a sua viagem através das fronteiras dos Estados.⁵ Encontra-se essas leis, por exemplo, na

² Veja em Yvonne Dohna, Antonio Canova und die papstlichen Kunstsammlungen-Ein Museumsdirektor zwischen Tradition und Fortschritt 157 (Karlsruhe 2000) (tese de doutorado) (arquivo do autor); ERIK JAYME, ANTONIO CANOVA: DIE POLITISCHE DIMENSION DER KUNST (Frankfurt am Main 2000) (arquivo do autor).

³ Veja, em geral, em WILFRIED ROGASCH, SCHATZHAUSER DEUTSCHLANDS-KUNST IN ADLIGEM PRIVATBESITZ (Prestel 2004).

⁴ Veja em ERIK JAYME, DAS FREIE GELEIT FOR KUNSTWERKE (Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht 2001); Leila Anglade, *Anti-Seizure Statutes in Art Law: The Influence of „La Danse” on French Law*, em JAMES C. BRADY ET AL., LIBER MEMORIALIS: PROFESSOR JAMES C. BRADY 3 (Oonagh Breen et al. eds., Round Hall Sweet & Maxwell 2001); ISABEL KÜHL, DER INTERNATIONALE LEIHVERKEHR DER MUSEEN (Heymanns 2004); veja também Julia El Bitar, *Das Verhältnis zwischen „Freiem Geleit” und gemeinschaftsrechtlicher Rückgabeklage*, 6/2005 EuZW 173, 173-76 (2005) (trazendo possíveis conflitos com o direito comunitário europeu).

⁵ Erik Jayme, *L’immunité des oeuvres d’art prêtées-Quelques procédures et législations récentes en Europe*, em CLAIMS FOR THE RESTITUTION OF LOOTED ART 175 (Marc-André Renold & Pierre Gabus eds., Schulthess) (2004).

França, na Alemanha e na Suíça,⁶ e, recentemente, também na Bélgica.⁷ Para os Estados Unidos, podemos mencionar o “*Federal Immunity of Seizure Act*” (Lei de Imunidade Federal à Apreensão).⁸

Os interesses globais no acesso público às obras de arte são, tipicamente, resolvidos pelos museus públicos e privados, que se deparam com um número crescente de problemas legais relativos à procedência e restituição.⁹

3. *Proteção dos Direitos Humanos*

Outra expressão jurídica da sociedade global é a proteção dos direitos humanos.¹⁰ Esse é, claro, um assunto controverso. Direitos humanos são concebidos como direitos individuais em vez de uma preocupação pública da sociedade civil. Existe uma tendência, entretanto, de enfatizar o aspecto universal dos direitos humanos; uma jurisdição universal para violação de direitos humanos é cada vez mais frequentemente reconhecida.¹¹ Essa tendência está enraizada no direito penal internacional,¹² mas também tem influência em algumas matérias civis, como o direito da arte.¹³ Mesmo quando os danos não podem ser compensados, procedimentos de tribunais podem produzir um ímpeto de reformular códigos de conduta dentro da sociedade global.¹⁴

Após, na minha apresentação, vou discutir a qualidade jurídica da Conferência dos Princípios de Washington sobre Arte Confiscada pelos Nazistas,

⁶ Veja em Marc Weber, *Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer*, 123 ZEITSCHRIFT FÜR SCHWEIZERISCHES RECHT 495, 518-21 (2004); Andrea F.G. Raschèr & Florian Schmidt-Gabain, *Besserer Schutz für den internationalen Leihverkehr unter Museen? Die “Rückgabegarantie” im Kulturgütertransfergesetz*, 2005 AJP/PJA 686 (considerando a lei suíça).

⁷ Frederic Dopagne, *Immunité d’exécution et biens culturels étrangers: À propos de l’article 1412ter du Code Judiciaire*, 124 JOURNAL DES TRIBUNAUX 2-4 (2005).

⁸ Veja em 22 U.S.C. § 2459 (2005) (“Immunity from seizure under judicial process of cultural objects imported for temporary exhibition or display”, em tradução livre, “Imunidade de apreensão sob processo judicial de objetos culturais importados para exposição temporária ou exibição”).

⁹ Veja, em geral, NORMAN PALMER, *MUSEUMS AND THE HOLOCAUST* (IAL) (2000).

¹⁰ Veja em Axel Halfmeier, *Menschenrechte und internationales Privatrecht im Kontext der Globalisierung*, 68 RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 653 (2004).

¹¹ Veja, por exemplo, em López-Jacoiste Díaz, *Comentarios a la Ley belga de jurisdicción universal para el castigo de la violaciones graves del Derecho internacional humanitario reformada el 23 de abril de 2003*, 55 REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL 839 (2003).

¹² Veja em Gene Bykhovsky, *An Argument Against Assertion of Universal Jurisdiction by Individual States*, 21 WIS. INT’L L.J. 161, 162-64 (2003) (descrevendo a história da jurisdição universal).

¹³ K. Lee Boyd, *Universal Jurisdiction and Structural Reasonableness*, 40 TEXAS INT’L L.J. 1, 4 n.22 (2004).

¹⁴ Veja em Halfmeier, rodapé n. 10, p. 682.

de três de dezembro de 1998.¹⁵ Mas, já podemos perceber aqui que violações de direitos humanos transcendem os direitos individuais e sua proteção se tornou uma parte dos interesses globais.¹⁶

4. Paz e limitações de tempo

O último, e não menos importante, aspecto do interesse global refere-se à paz. Durante séculos, objetos de arte foram tomados durante guerras e levados de um país para outro. Se olharmos para os instrumentos legais que pretendem promover a paz, vemos, acima de todos, que o fator tempo leva a uma limitação de ações: pela prescrição ou pela usucapião na tradição do direito romano, ou pela “*adverse possession*” no mundo da *common law*.¹⁷ Ambas características jurídicas resultam em passar o título para o possuidor.¹⁸

Há uma tendência, no entanto, em considerar a má-fé do possuidor.¹⁹ Nessas situações, o argumento da limitação não será admitido ou, ao menos, o período da limitação será estendido.²⁰ Por exemplo, estatutos especiais referem-se a reivindicações de vítimas do Holocausto. Ao mesmo tempo, o dono de uma obra de arte é obrigado a reivindicar propriedade uma vez que tem o conhecimento do atual possuidor. Aqui, a “regra da descoberta estabelece o limite temporal com base em culpa e razoabilidade”.²¹

¹⁵ *Washington Conference Principles on Nazi Confiscated* (Conferência dos Princípios de Washington sobre Arte Confiscada pelos Nazistas, Art. 19 IPRACT 284, 284-85 (1999)).

¹⁶ Direitos humanos podem também ser usados como uma estratégia para restringir direitos de propriedade exclusivos. Veja Ruth L. Okediji, *The International Relations of Intellectual Property: Narratives of Developing Country Participation in the Global Intellectual Property System*, 7 SING. J. INT'L & COMP. L. 315, 345-48 (2003) (discutindo o uso de direitos humanos para restringir direitos de propriedade intelectual). Para direitos humanos “culturais”, veja em GABRIELE BRITZ, *KULTURELLE RECHTE UND VERFASSUNG: ÜBER DEN RECHTLICHEN UMGANG MIT KULTURELLER DIFFERENZ* (2000).

¹⁷ Mas veja em *California Bufano v. City and County of San Francisco*, 233 Cal. App. 2d 61, 71 (1965) (percebendo que a aplicação da doutrina da “*adverse possession*” para propriedade pessoal não está bem estabelecida).

¹⁸ Veja em David L. Carey Miller, et al., *Restitution of Art and Cultural Objects: A Re-Assessment of the Role of Limitation*, 6 ART, ANTIQUITY & LAW 1 (2001).

¹⁹ Veja em *City of Gotha v. Sotheby's* (Q.B. 1998) (LEXIS UK Cases, Combined Courts) (“It is said that it would be contrary to public policy to apply a German limitation period when (the defendant) deliberately and unconscionably concealed facts relevant to the plaintiffs’ claims” em tradução livre “É dito que seria contrário à política pública aplicar uma limitação temporal germânica quando (o réu) deliberadamente e inescrupulosamente oculta fatos relevantes para os pedidos autorais”).

²⁰ Veja, por exemplo, em CAL. CIV. PROC. CODE § 338(c) (2005).

²¹ Ehud Guttel & Michael T. Novick, *A New Approach to Old Cases: Reconsidering Statutes of Limitation*, 54 U. TORONTO L.J. 129, 137 (2004).

Em adição, há litígios da arte quando Estados e nações estão envolvidos. Nessas situações, o interesse global na paz pede por acordo em vez de um julgamento nacional que não possa ser executado em território estrangeiro.

III. Os interesses nacionais

Agora, vamos passar para os interesses nacionais dos Estados.

1. *Arte e Identidade Nacional*

Obras de arte são elementos importantes da identidade nacional.²² Para dar um exemplo, quando a União Europeia decidiu, em dezembro de 2004, abrir negociações com a Turquia para preparar um tratado de adesão, o Ministro da Cultura do pequeno país da Dinamarca promoveu a ideia de reunir em um livro as mais importantes obras de arte dinamarquesas.²³ “Nós precisamos saber por que somos e quem somos”, disse o Ministro. Ele instaurou sete comissões para descobrir quais são as “doze pérolas” da pintura, arquitetura, design, teatro, música e literatura dinamarquesas. Cada cidadão dinamarquês deveria receber uma cópia de um livro, incluindo CD e DVD, a fim de promover o conhecimento da identidade dinamarquesa.

Novamente, essa ideia pode ser remontada ao início do Século XIX, quando nações, como a Itália e a Alemanha, defendiam a sua unificação baseando a sua identidade em obras de arte. Mais uma vez, Antonio Canova teve um papel importante nesse desenvolvimento. Ele criou as obras de arte nacionais – por exemplo, a escultura da Basílica de Santa Cruz em Florença, na Itália, como uma pessoa de luto no túmulo do poeta nacional, Vittorio Alfieri.²⁴ Na Prússia, um discípulo de Canova, Christian Daniel Rauch, tornou-se o escultor das obras de arte alemãs, como a estátua da Rainha Luísa da Prússia, localizada no seu túmulo em Berlim.²⁵ Também em tempos mais recentes, o orgulho nacional motivou Estados a reterem obras de arte importantes

²² Para os Estados Unidos, veja em Nicole B. Wilker, *Public Responsibilities of Private Owners of Cultural Property: Toward a National Preservation Statute*, 24 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 177 (2004). Mas cf. SAMUEL P. HUNTINGTON, WHO ARE WE? - THE CHALLENGES TO AMERICA'S NATIONAL IDENTITY 37-58 (2004) (onde arte não aparece entre os componentes da identidade nacional norte-americana).

²³ Veja em Aldo Keel, *Zwölf Perlen-Leitkultur-jetzt auch auf Dänisch*, NEUE ZÜRCHER ZEITUNG, Dec. 18, 2004, p. 35.

²⁴ Erik Jayme, *Die Entstehung des “nationalen” Kunstwerks: Zu seiner Deutung anhand Antonio Canovas “Italia”* 26 ZEITSCHRIFT FÜR NEUERE RECHTSGESCHICHTE 217 (2004).

²⁵ Veja em Philipp Demandt, *Der Herold deutscher Helden*, FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG, 30 Dez. 2004, p. 14.

em seus países de origem. Portanto, quando Guido Reni – o mais famoso pintor italiano do Século XVII – finalizou o *Nozze di Bacco e Arianna* para a Rainha Henrietta Maria da Inglaterra, o Papa Urbano VIII demandou que uma cópia, feita por Romanelli, fosse enviada como substituto para a Rainha, porque “*non volere che l’Italia restasse priva di così gran tesoro*”²⁶ (não queria que a Itália fosse privada de tamanho tesouro).

2. Controle de exportação

Esses interesses nacionais geram estatutos que constroem barreiras de comércio, ao controlar a exportação da propriedade cultural nacional; essas barreiras são consideradas justificáveis mesmo à luz do princípio fundamental da circulação do livre mercado. Por conseguinte, o artigo 30 do Tratado que institui a Comunidade Europeia contém exceções para a proibição de restrição no comércio transfronteiriço entre Estados membros.²⁷ Uma dessas exceções justifica-se com base na “proteção de tesouros nacionais que possuem valor artístico, histórico ou arqueológico.”²⁸ Observa-se que essa exceção apenas se aplica a tesouros “nacionais”. Para outras obras de arte, as quais não pertençam a esses tesouros “nacionais”, tais restrições de comércio não são permitidas. Para obras de arte “nacionais” há a tendência de restringir a alienabilidade.²⁹ Elas podem se tornar *res extra commercium*.³⁰

3. A nacionalidade da obra de arte

O supramencionado artigo 30 do Tratado Europeu levanta uma difícil questão que é definir a nacionalidade das obras de arte.³¹ Houve diversas tentativas para determinar fatores de conexão significativos entre uma obra

²⁶ Sergio Guarino, „Il quadro della Regina“ la storia delle Nozze di Bacco e Arianna di Guido Reni, in EXHIBITION CATALOGUE „L’ARIANNA DI GUIDO RENI“ 30 (2002).

²⁷ Tratado que institui a Comunidade Europeia, art. 30, 10 de Novembro de 1997, 1997 O.J. (C 340) 3, 189 [doravante Tratado CE]

²⁸ Tratado CE, art. 30.

²⁹ Veja em John Moustakas, *Group Rights in Cultural Property: Justifying Strict Inalienability*, 74 CORNELL L. REV. 1179 (1989) (arguindo que a inalienabilidade estrita deve substituir a inalienabilidade de mercado da propriedade cultural).

³⁰ Veja em MARC WEBER, UNVERÄUßERLICHES KULTURGUT IM NATIONALEN UND INTERNATIONALEN RECHTSVERKEHR (2002); veja também JORG SPRECHER, BESCHRÄNKUNGEN DES HANDELS MIT KULTURGUT UND DIE EIGENTUMSGARANTIE (2004).

³¹ Veja em Reinhard Mussnug, *Die Staatsangehörigkeit des Kulturguts*, em INTERNATIONALE GEMEINSCHAFT UND MENSCHENRECHTE: Festschrift für Georgress 1531 (Jürgen Bröhmer et al., eds., 2005).

de arte e uma nação. A Convenção da UNESCO sobre os Meios de Proibição e Prevenção de Importação, Exportação e Transferência Ilícita de Propriedade de Bens Culturais, de 14 de novembro de 1970, procura, em seu artigo 4º, definir o país de origem deste bem a partir de cinco categorias.³²

A primeira preocupação diz respeito “à propriedade cultural criada por indivíduo ou coletividade que correspondam aos gênios nacionais de um Estado e à importância da propriedade cultural para o Estado, considerando que tal bem foi criado e desenvolvido em seu território por cidadãos estrangeiros ou apátridas residentes neste território.”³³

A concentração na nacionalidade do artista, como faz o artigo 4º da Convenção da UNESCO, resulta em muitas incertezas. Como exemplo, cita-se o pintor italiano Giambattista Tiepolo que trabalhou na Corte Real de Madrid. Essas pinturas pertencem à Itália, como bem cultural, por terem sido criadas por um italiano – naquele tempo era pintor veneziano – ou fazem parte da herança cultural espanhola, porque foram criados em território espanhol por um estrangeiro residente no país? Em minha percepção, a nacionalidade das obras de arte é determinada pelos interesses atuais de um país, onde a sociedade considera aquela arte como parte de sua identidade. Não se trata tanto da nacionalidade dos artistas, mas é a aceitação e a valorização que o trabalho gerou, em certo país, que determinará o interesse nacional em preservar a propriedade cultural no território de um Estado. Esses interesses estão ligados à atual consciência e sentimentos dentro de uma sociedade. Para dar outro exemplo: em 2004, a famosa pintura criada por Eugene Delacroix, em 1830, *Le 28 Juillet: La liberté guidant le peuple* (“O 28 de julho: a liberdade guiada pelo povo”), passou por vinte e dois museus na França, como um ícone da República Francesa.³⁴ A história nos conta que a pintura foi adquirida pelo Estado francês em 1831, porém teve que ser devolvida ao pintor em 1839, com ele permanecendo por várias décadas, desde o reinado de *Louis-Philippe* até o império de Napoleão III, sendo

³² U.N. Educ., Sci. & Cultural Org. [UNESCO], *Means Of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property*, Paris, Fr., 27 de Fevereiro de 1970, art. 4 [doravante Convenção da UNESCO].

³³ Convenção da UNESCO referência 32, art. 4(a).

³⁴ Veja em EUGNE DELACROIX, *Le 28 Juillet: La liberté guidant le peuple* (1830).

exibida no *Louvre* somente depois de 1874.³⁵ A importância nacional de uma obra de arte pode mudar. Na aferição dos interesses nacionais em um caso, será sempre o interesse atual na obra de arte que importará.

4. *Nações, minorias*

As obras de arte também são de grande importância para entidades que não são ainda reconhecidas como Estados, tal como as “nações” ou outras minorias étnicas. Existem condições especiais que criam direitos de retorno para tais objetos.³⁶ Em geral, a linha é tênue entre a proteção de minorias e os direitos culturais dos membros de grupos étnicos.³⁷

IV. Os interesses das partes privadas

Deixe-me agora abordar os interesses das partes privadas, como aqueles dos proprietários ou dos artistas que criaram os bens culturais.

1. *As restrições do proprietário*

O proprietário de uma obra de arte tem interesse em desfrutar de sua posse ou vendê-la a quem quiser. Essas pretensões podem conflitar com interesses nacionais ou globais. Cita-se como exemplo o seguinte caso prático do tribunal alemão: o objeto de arte, neste caso, foi o chamado *Silberzimmer der Welfen* (Câmara de Prata da Família Real de Hannover) que consistia em móveis extremamente preciosos, criados no Século XVIII, e que hoje se situam no castelo de *Marienburg*.³⁸ O proprietário é o atual chefe da família *Hanover*, que se opôs ao registro desses objetos de arte como propriedade cultural na Alemanha. Ele moveu uma ação contra o Estado alemão da Baixa

³⁵ Ministère de la culture-base Joconde, <http://www.culture.gouv.fr/documentation/Joconde/fr/pres.htm> (vá para a busca avançada e insira “La Liberte Guidant le Peuple 28 Juillet 1830” no campo para preenchimento do título).

³⁶ Veja em James A. R. Nafziger and Rebecca J. Dobkins, *The Native American Graves Protection and Repatriation Act in Its First Decade*, 8 INT’L J. CULTURAL PROPERTY 77 (1990); Veja também em INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, REPORT OF THE SEVENTY-FIRST CONFERENCE HELD IN BERLIN, 872, 877 (London 2004) (arquivo do autor).

³⁷ Veja em BRITZ, referido na nota 16.

³⁸ Bundesverwaltungsgericht [BVerwG] [Tribunal Federal Administrativo] 7 de Maio de 1993, Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 3280 (F.R.G).

Saxônia.³⁹ Em sua opinião, o registro dos objetos de arte como propriedade cultural nacional resultaria na proibição de exportação, constituindo uma desapropriação, uma vez que os preços que ele poderia obter fora do país de origem eram muito maiores do que na Alemanha.⁴⁰ Além disso, ele argumentou que os móveis de prata não eram de importância nacional.

O Tribunal Administrativo Federal rejeitou os argumentos do proprietário.⁴¹ O Tribunal se baseou na opinião de uma comissão, composta por cinco especialistas, para determinar a importância nacional da Câmara de Prata. Estes cinco especialistas foram: um representante da administração pública, um professor universitário, um colecionador particular, um negociante de arte e um negociante de antiguidades. Todos concordaram que a Câmara de Prata era um conjunto único e completo da mais alta qualidade que refletia a história alemã.⁴² Além disso, o tribunal decidiu que o controle de exportação não era uma expropriação sob a Constituição do governo alemão, porquanto a venda da Câmara de Prata na Alemanha não foi impedida.⁴³

O caso ilustra claramente o conflito de interesses entre público e privado. Os elementos constituintes dos direitos de propriedade não incluem apenas o uso do bem cultural para fins privados, mas também a possibilidade de vendê-lo ou doá-lo a uma pessoa que o proprietário poderá escolher livremente. O interesse público limita esses direitos de propriedade.⁴⁴

2. *Conflito de leis – lex rei sitae ou lex originis?*

Evidentemente, existem situações em que o interesse público não é envolvido ou é considerado menos relevante. Quando uma obra de arte é roubada e duas pessoas reivindicam a propriedade, surge a questão em saber qual interesse deve prevalecer – os do antigo proprietário ou os do inocente

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem. (“Der Schutz solcher Eigentumsobjekte gegen Abwanderung dient mithin allein einem qualifizierten öffentlichen Interesse an der Bewahrung herausragender deutscher Kulturgüter”, em tradução livre “Portanto, a proteção de tais objetos de propriedade contra a exportação serve apenas a um interesse público qualificado na preservação do excepcional patrimônio cultural alemão”).

comprador.⁴⁵ As respostas variam conforme os sistemas jurídicos. Estas diferenças geraram conflitos especiais em situações no âmbito internacional. No direito internacional privado, a *lex situs*, diz respeito ao momento da aquisição,⁴⁶ e, mais recentemente, o direito da *lex originis* (do país de origem) surgiu como solução à escolha do direito aplicável.⁴⁷ Na Comunidade Europeia, o Artigo 12 da Diretiva 93/7/EEC, que trata sobre a restituição de bens culturais, parece favorecer a *lex originis* enquanto, em geral, prevalece a *lex rei sitae*.⁴⁸

3. O artista e o “droit de suite”

Além dos interesses do proprietário, existem os interesses do artista. Na medida em que a propriedade intelectual e direitos derivados surgem desta preocupação, normalmente, é aplicável o direito do Estado onde se busca proteção do bem. Na Europa, é antes de tudo o *droit de suite* que tem gerado problemas especiais de conflitos. Este direito consiste na participação do artista no preço de compra quando sua obra de arte é vendida por um negociante de arte ou por um leiloeiro. Na Alemanha, o artista tem o direito de reivindicar cinco por cento do preço.⁴⁹ No Reino Unido, esse direito não existe.

Um caso famoso envolveu três peças de arte criadas pelo artista alemão *Joseph Beuys*, que morreu em 1986.⁵⁰ Um amigo do artista, o pintor *Gotthard Graubner*, adquiriu as obras de *Joseph*, por cerca de cem

⁴⁵ Veja em Ashton Hawkins et al., *A Tale of Two Innocents: Creating an Equitable Balance Between the Rights of Former Owners and Good Faith Purchaser of Stolen Art*, 64 *FORDHAM L. REV.* 49, 89 (1995) (afirmando que tanto o “antigo proprietário quanto o comprador de boa-fé são, por definição, legalmente inocentes de atos ilícitos”).

⁴⁶ Veja em Celia M. Caamina Dominguez, *La Propiedad de los bienes culturales Robados en Derecho Internacional privado*, em *CUESTIONES ACTUALES DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL* 71 (Alfonso Luis Calvo Caravaca & Santiago Areal Ludena eds., Madrid 2005) (arquivo do autor).

⁴⁷ Veja em Florian Kienle & Marc-Philippe Weller, *Die Vindikation gestohlener Kulturgüter im IPR*, 24 *PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS* 290 (2004); veja também Christian Armbrüster, *La revendication de biens culturels du point de vue du droit international privé*, 2004 *REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ*, 723, 739-41; Veja também em *BELGIAN LAW ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW*, art. 90 (16 de Julho de 2004).

⁴⁸ Diretiva do Conselho 93/7/EEC, art. 12, 1993 O.J. (L 74) 74, 76 (CE).

⁴⁹ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [Urheberrechtsgesetz] [UrhG] [Lei de Direitos Autorais], 9 de Setembro de 1965, BGB1 I at 1273, *Disponível em* <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/urhg/gesamt.pdf> (afirmando, na Seção 26 (1) (Folgerecht), que um artista tem direito a cinco por cento dos rendimentos da venda de um original da obra de arte do artista).

⁵⁰ Thorsten Braun, *Joseph Beuys und das deutsche Folgerecht bei ausländischen Kunstauktionen*, 15 *IPRAX* 227 (1995). Veja em Kurt Siehr, *Das urheberrechtliche Folgerecht inländischer Künstler nach Versteigerung ihrer Werke im Ausland*, 12 *IPRAX* 29 (1992).

marcos alemães.⁵¹ Em 1989, este vendeu as obras adquiridas na *Christie's*, em Londres, por 462.000 libras esterlinas.⁵² A viúva do artista, ao tomar conhecimento, ajuizou ação na Alemanha contra o vendedor, reivindicando cinco por cento do valor total da venda realizada pela galeria inglesa.⁵³ Surgiu a questão em saber se o direito alemão seria aplicável e, assim, o *droit de suite* ou a lei inglesa, na qual tais reivindicações são desconhecidas.

O Tribunal Federal de Justiça Alemão decidiu em favor do réu.⁵⁴ De acordo com o tribunal, o direito alemão não se aplica a uma venda realizada integralmente no Reino Unido.⁵⁵ O fato de as obras terem sido enviadas da Alemanha para Londres, após negociações com um agente da *Christie's*, na Alemanha, não foi considerada uma conexão suficiente com a Alemanha para aplicação do direito alemão.

V. O interesse das obras de arte

1. Funções religiosas

O caso *Beuys* também despertou o interesse do mercado de arte. Antes de retornar a este assunto, gostaria de abordar os interesses das obras de arte em si mesmas. Em uma primeira impressão, pode parecer estranho. Porém, nossa visão atual das obras de arte como meros objetos sem nenhum interesse próprio, se desenvolveu relativamente de forma recente. A visão moderna da obra de arte como objeto de interesse independente começou no período da Renascença, em que comentaristas como Giorgio Vasari, que descreveu a vida e as obras dos principais artistas, acompanharam o desenvolvimento da arte. Nos séculos anteriores à Renascença, no entanto, as obras de arte eram consideradas objetos com alma de cultivo religioso vivo que, às vezes,

⁵¹ Idem.

⁵² Idem.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Bundesgerichtshof [BGH] [Tribunal Federal de Justiça Alemão] 6 de Junho de 1994, 15 IPRACT 246 (1995).

⁵⁵ Idem.

fundiam-se com as pessoas santas que representavam.⁵⁶ Esta função religiosa evapora quando obras de arte desse estilo são retiradas de seu contexto.⁵⁷

2. A proteção do contexto – parques e jardins

O mesmo se aplica a todas as escavações não autorizadas que negligenciam o contexto que teria atribuído significado e importância para estas obras de arte. As obras têm interesse em serem compreendidas dentro do contexto de sua função original. É importante, portanto, saber a proveniência de uma obra de arte. Pode-se também adicionar os interesses em uma bolsa de estudos em arte para compreender e descrever a significância destes bens culturais.

Normalmente, estatutos especiais cuidam destes interesses na medida em que visam proteger e preservar as obras de arte em seus contextos específicos. É interessante notar que, nos últimos tempos, até mesmo parques, jardins, e seus programas iconográficos,⁵⁸ tornaram-se objetos de preocupação pública e de atos legislativos.⁵⁹ Além disso, cabe destacar que os bens culturais perdidos no mar são objeto de proteção.⁶⁰

3. Integridade

Finalmente, as obras de arte têm interesse na proteção da sua integridade. A lei positivada não prescreve dever algum ao titular de uma obra de arte para preservar sua integridade. Existe apenas a obrigação do proprietário, ao abrigo de certos estatutos de direito público, de se abster de realizar alterações na obra de arte. Além disso, o artista tem reivindicação semelhante

⁵⁶ Tonio Hölscher, *Die Macht der Texte und Bilder in der griechischen und römischen Antike*, 2005 AKADEMIE- JOURNAL 42, 43-44. Veja, em geral, em HANS BELTING, *BILD UND KULT-EINE GESCHICHTE DES BILDES VOR DEM ZEITALTER DER KUNST* (Munique 1990).

⁵⁷ Erik Jayme, *La Repubblica delle Arti ed il suo impatto sul diritto internazionale: Note sul pensiero di Antonio Canova*, em *OLTRE IL DIRITTO* 132-34 (Maria Costanza, ed., Padova 1994). Veja em John Merryman, *Il controllo nazionale sull'esportazione die beni culturali*, em *RIVISTA DI DIRITTO CIVILE* 633, 637-38 (1988).

⁵⁸ Veja em Erik Jayme, *Rechtsschutz ikonographischer Programme am Beispiel romantischer Gärten*, em *HISTORISCHE GÄRTEN-SCHUTZ UND PFLEGE ALS RECHTSFRAGE* 71 (Gerte Reichelt ed., Viena 2000).

⁵⁹ Veja em NIKOLAUS KRAFT, *DER HISTORISCHE GARTEN ALS KULTURDENKMAL – RECHTSFRAGEN DES KULTURGÜTERSCHUTZES IN AUSGEWÄHLTEN RECHTSORDNUNGEN EUROPAS* (Viena 2002) (arquivo do Autor).

⁶⁰ Veja em NADINE CHRISTINA PALLAS, *MARITIMER KULTURGÜTERSCHUTZ* (Berlim 2004).

ao proprietário.⁶¹ Falta o dever legal do proprietário em proteger a obra de arte, tratando-se de lacuna que só pode ser preenchida a partir da criação de direitos baseados nos interesses das obras de arte em si mesmas e que são cuidadas por organizações de arte.

VI. Os interesses do mercado da arte – liberdade de comércio

1. Livre mercado e controle de exportação

Um dos princípios basilares da comunidade internacional é a ideia de um mercado livre onde os bens possam circular sem restrições e proibições nacionais. Na Comunidade Europeia, a proteção a tesouros artísticos nacionais é uma exceção a esse princípio. Ainda assim, “todavia, tais proibições ou restrições não devem constituir nem um meio de discriminação arbitrária ou qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados- -Membros”, como prescreve o artigo 30 do Tratado que Institui a Comunidade Europeia.⁶² Ademais, um mercado comum se baseia na liberdade de abertura de estabelecimento onde o empresário quiser. No contexto do direito da arte, podemos recordar, no que diz respeito ao mercado comum da Comunidade Europeia, o recente caso da *Inspire Art* decidido pela Corte Europeia de Justiça, no qual restou entendido que uma negociante de arte holandesa formalmente estabelecida no Reino Unido como *Inspire Art Ltd.* não estaria vinculada às restrições previstas pelo direito empresarial holandês.⁶³

2. Direito antitruste

O livre mercado está baseado na livre concorrência, que é protegida pelo direito antitruste, que ganha, sobretudo nos Estados Unidos, especial importância no que tange às grandes casas internacionais de leilões.⁶⁴ O direito

⁶¹ Veja em, por exemplo, Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [Urheberrechtsgesetz][UrhG] [Lei de Direitos Autorais], 9 de Setembro de 1965, BGBl I at 1273, Disponível em <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/urhg/gesamt.pdf> (afirmando na Seção 14 (Entstellung des Werkes), que o artista tem o direito de impedir a desfiguração da obra do artista).

⁶² Art. 30, do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

⁶³ *Europäische Gerichte*, 56 NJW 3331 (2003); ver Norbert Horn, *Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH- Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit-Inspire Art*, 57 NJW 893 (2004).

⁶⁴ *Kruman v. Christie's Int'l PLC*, 284 F.3d 384, 389 (2d Cir. 2002) (superada em outro contexto por *Hoffman-La Roche LTD v. Empagran S.A.*, 124 S. Ct. 2359 (2003)).

da arte deu origem a outras questões complexas relacionadas ao livre acesso dos negociantes a feiras de arte, que se tornaram cada vez mais importantes para esse mercado.⁶⁵ A não discriminação de negociantes de arte e a preservação dos padrões de qualidade das feiras foram os pilares a partir dos quais as cortes intentaram construir soluções.⁶⁶ Referidas soluções deveriam ser estendidas às exposições internacionais de arte contemporânea, que possuem um grande impacto no mercado.⁶⁷

3. *Segurança jurídica*

O mercado da arte e seus principais participantes, os negociadores de arte e seus clientes, compartilham um interesse comum, que é a segurança jurídica no que tange à propriedade e sua aquisição. Desta forma, a principal objeção à Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados de 1995 está baseada no emprego, em alguns artigos da convenção, de termos vagos e genéricos como a “importância cultural essencial” de uma obra de arte, que acabou constituindo o principal motivo para abstenções na ratificação da Convenção.⁶⁸ Mais uma vez, isso ilustra o conflito entre mercados, onde o mercado internacional da arte possui impacto considerável sobre a economia nacional, e outros Estados nos quais as restrições e controle sobre a exportação resultam em mercados de arte economicamente mais fracos.

VII. Conflito de interesses

Após identificar os diferentes interesses envolvidos no direito da arte, gostaria de salientar que, em certo modo, todos eles são legítimos em si mesmos. Assim, os litígios sob diferentes sistemas jurídicos terão resultados diferentes a depender de sobre quais interesses será dada preferência. Nos casos de mediação internacional e acordos, estar ciente e levar em consideração

⁶⁵ Oberlandesgericht [OLG] [Tribunal Regional Superior de Munique] Out. 13, 1989, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [GRUR] 370 (F.R.G.).

⁶⁶ Oberlandesgericht [OLG] [Tribunal Regional Superior de Frankfurt] Abr. 29, 1993, NJW-RR 1390 (F.R.G.).

⁶⁷ Ver, todavia, Oberlandesgericht [OLG] [Tribunal Regional Superior de Frankfurt] 1º Jul., 1992, 1993 NJW 1472 (F.R.G.) („documenta“).

⁶⁸ Ver Heinrich Schweizer, *Die Position der Bundesrepublik Deutschland während der Diplomatischen Konferenz zur Annahme des Entwurfs der Unidroit-Konvention über die internationale Rückgabe gestohlener oder illegal ausgeführter Kulturgüter von 1995 unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Verfassungsrechts*, 2003 KUR-KUNST UND URHEBERRECHT 25, 29.

os interesses divergentes é útil para a produção de resultados convincentes e, assim, pacificadores. A título de exemplo: um acordo seria a solução mais adequada para o caso *Maria Altmann v. Republic of Austria*,⁶⁹ em que a disputa girou em torno de seis obras do pintor austríaco Gustav Klimt, que estão atualmente em exibição na Galeria Belvedere da Áustria.⁷⁰ No conflito entre os direitos humanos dos herdeiros do proprietário originário e os interesses nacionais austríacos na preservação das obras em seu território, os interesses globais favorecem uma solução que permita o acesso público a essas famosas obras de arte.

Uma pequena história pode servir para ilustrar esse aspecto do caso. Quando lecionava em Viena no último novembro, tive a chance de visitar o Museu Belvedere novamente. Quando estava tentando localizar uma obra específica do século XIX – não as obras do Klimt – um funcionário do museu disse: “Dê uma boa olhada nessa pintura: ela será restituída”. Em sua visão, restituição significava para o público “perder para sempre” a obra.

Considerando todas as questões jurídicas envolvidas, vê-se que o caso Klimt não é fácil, e isso não apenas por conta dos efeitos retroativos dados pelo posição que prevaleceu na Suprema Corte ao *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976.⁷¹ Dificuldades também emergem porque Adele Bloch-Bauer, em seu testamento, manifestou desejo de que as obras fossem doadas à Galeria Belvedere.⁷² Desse modo, diversas questões de direito austríaco, inclusive aquelas sobre propriedade conjugal e testamentos, precisaram ser decididas pelas cortes californianas.⁷³ Para além disso, a base para assumir uma atividade comercial do museu na Califórnia, fundada na distribuição de livros sobre as pinturas, a fim de estabelecer a competência para ser processado na Califórnia,

⁶⁹ *Altmann v. Republic of Austria*, 142 F. Supp. 2d 1187 (C.D. Cal. 2001); *Altmann v. Republic of Austria*, 317 F.3d 954 (9th Cir. 2002); *Republic of Austria v. Altmann*, 124 S.Ct. 2240 (2004); *Altmann v. Republic of Austria*, 377 F.3d 1105 (9th Cir. 2004); *Altmann v. Republic of Austria*, 335 F. Supp. 2d 1066 (C.D. Cal. 2004).

⁷⁰ Felizmente, chegou-se a um acordo para que a arbitragem do caso seja sediada em Viena. Ver *Der Fall Bloch-Bauer geht an ein Schiedsgericht in Wien*, FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG, 5 de maio de 2005, 35.

⁷¹ Ver *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U.S. 677, 715 (2004).

⁷² *Idem*, pp. 681-82.

⁷³ Ver Jennifer M. Anglim, *Crossroads in the Great Race: Moving Beyond the International Race to Judgment in Disputes over Art Works and Other Chattels*, 45 HARV. INT'L L.J. 239, 244, 277 (2004) (sugerindo que conflitos sobre obras de arte devem ser resolvidas devem obedecer à regra da competência tno foro da coisa, sendo rejeitadas ações propostas em outras jurisdições com base na regra do *forum non conveniens*).

não é sólida.⁷⁴ Torna-se, assim, cada vez mais importante nesses casos que tocam – como afirmou o Justice Kennedy em sua *dissenting opinion* – “a área mais sensível das relações internacionais”,⁷⁵ o desenvolvimento de técnicas para superar, ou ao menos mitigar, os efeitos dos conflitos de interesses.

VIII. Novas técnicas em casos internacionais

No direito internacional privado existem novas técnicas jurídicas que foram criadas com a finalidade de superar conflitos de interesses que, à primeira vista, parecem inconciliáveis.

1. Normas “narrativas” – O consenso de Washington

A primeira espécie dessas novas técnicas consiste em recorrer àquilo que denomino de “normas narrativas”,⁷⁶ termo que segue a tendência do pós-modernismo. Permita-me abordar os Princípios da Conferência de Washington sobre Obras de Arte confiscadas pelos Nazistas, que objetivam promover a transparência no que tange à proveniência de obras de arte e a facilitação da restituição desse patrimônio cultural àqueles que eram seus proprietários antes da guerra.⁷⁷ No seu preâmbulo está afirmado: “No desenvolvimento de consenso sobre princípios não-vinculantes para o auxílio na resolução de questões relacionadas às obras de arte confiscadas pelos nazistas, a Conferência reconhece que dentre as nações participantes há diferentes sistemas jurídicos e que os países agem no contexto de suas próprias normas”.⁷⁸ Referidos princípios não-vinculantes podem ter efeitos jurídicos. Podem ser levados em consideração para interpretação e criação de textos normativos. Eles não vinculam, mas nos contam uma história. Dito de outra maneira: eles possuem um caráter narrativo. Podem auxiliar a superar obstáculos às demandas de

⁷⁴ Ver Burkhard Hess, *Altmann v. Austria – Ein transatlantischer Streit um ein berühmtes Gemälde Gustav Klimt im Wiener Belvedere*, em: FESTSCHRIFT FÜR PETER SCHLOSSER ZUM 70. GEBURSTAG, pp. 257-73 (Tübingen 2005).

⁷⁵ Republic of Austria v. Altmann, 541 U.S. 677, 715 (2004) (Kennedy, J., *dissenting*).

⁷⁶ Ver Erik Jayme, *Die Washingtoner Erklärung über Nazi-Enteignungen von Kunstwerken der Holocaust-opfer: Narrative Normen im Kunstrecht*, em: MUSEEN IM ZWIELICHT-ANKAUFSPOLITIK 1933-1945 – DIE EIGENE GESCHICHTE – PROVENIENZFORSCHUNG AN DEUTSCHEN KUNSTMUSEEN IM INTERNATIONALEN VERGLEICH 247, 251 (Koordinierungsstelle für Kulturgutverluste 2002).

⁷⁷ Ver Katharina Pabel, *Rechtliche Grundlagen der Kulturgutrestitution in Deutschland*, 7 KUR-KUNSTRECHT UND URHEBERRECHT 1, 4-5 (2005).

⁷⁸ Idem.

restituição erigidos pelas normas de direito probatório ou prescrição, bem como para evitar aquisição das obras com fundamento na boa-fé.

2. *Relevância prática do Direito da arte estrangeiro – dados locais*

Outra técnica conhecida no direito internacional privado considera o direito da arte estrangeiro dentro do esquema de compreensão da *lex fori* aplicável, ferramenta que, na abordagem de meu Professor Albert A. Ehrenzweig, ficou conhecida como *local datum*.⁷⁹ Em um caso, o Superior Tribunal de Justiça alemão (*bundesgerichtshof*) teve que enfrentar situação em que bens culturais foram ilegalmente exportados da Nigéria para a Alemanha.⁸⁰ Os bens chegaram avariados e o comprador demandou indenização por parte da seguradora. A corte concluiu que o contrato de seguro, sobre qual o direito alemão era aplicável, era nulo porque teria violado as proibições nigerianas de exportação.⁸¹ De acordo com o direito alemão, os contratos são nulos e sem efeito se forem contrários aos bons costumes, que se concretizam, segundo a corte, em uma compreensão internacional que leva em consideração as proibições de exportação previstas no direito estrangeiro.⁸² O resultado foi criticado porque não ficou totalmente claro se o contrato de seguro que tem por objeto o transporte ao exterior de obra de arte seria considerado, de acordo com a lei nigeriana, uma violação das normas sobre exportação.⁸³ Em todo caso, levar em consideração o direito estrangeiro é abordagem jurídica que atribui, ao menos na prática, relevância ao direito da arte estrangeiro. Essa é uma ferramenta que pode auxiliar a superar as diferenças entre os sistemas jurídicos e incentivar a cooperação.⁸⁴

⁷⁹ Ver Erik Jayme, *Ausländische Rechtsregeln un Tatbestand inländischer Sachnormen – Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie*, em: GEDÄCHTNISSCHRIFT FÜR ALBERT A. EHRENZWEIG 135 (Erik Jayme e Gerhard Kegel eds., 1976).

⁸⁰ Bundesgerichtshof [BGH] [Superior Tribunal de Justiça], *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen* [BGHZ] 59 (82) (F.R.G.) republicado em 73 I.L.R. 226, 229 (BGH 1972).

⁸¹ *Idem*.

⁸² Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] [Código Civil] Ago. 18, 1896, Reichsgesetzblatt [RGBl] 195, com alterações, § 138.

⁸³ Wilhelm Wengler, *Die Stellungnahme anderer Staaten zu heterogen verknüpften Sachverhalten als Faktum unter dem im Forumstaat anwendbaren Recht*, em: ZUR RECHTSLAGE DEUTSCHLANDS-INNERS TAATLICH UN INTERNATIONAL 143, 152 n. 13 (Peter Einsenmann & Gottfried Zieger eds., Munique, 1990).

⁸⁴ Ver também J.P. Verheul, *Foreign Export Prohibitions: Cultural Treasures and Minerals*, 31 NETH. INT'L. L. REV. 419, 422 (1984).

IX. Conclusões

Minhas considerações finais são breves: em minha visão, é importante considerar os diferentes interesses envolvidos em casos internacionais de arte. A globalização acrescentou os interesses da sociedade civil global às demandas tradicionais de particulares e de Estados ou nações. Desta maneira, o acesso público a obras de arte foi incentivado por Estatutos Anti-apreensão, que protegem exposições internacionais. Essa é a linha de tendências e argumentos que concebe as obras de arte famosas como tesouros da humanidade⁸⁵ e que deve prevalecer no futuro.

⁸⁵ Ver CHRISTOFF JESCHKE, DER VÖLKERRECHTLICHE, RÜCKGABEANSPRUCH AUF IN KRIEGSZEITEN WIDERRECHTLICH VERBRACHTE KULTURGÜTER 3031-05 (Berlim 2005).

Questões fundamentais de escolha da lei do novo regulamento de direito das sucessões da União Europeia – uma análise do artigo 22*

Carl Friedrich Nordmeier**

*Tradução de Mariana Teixeira Fortes e Isabela Kasper Kopittke Brasil****

Sumário: I. Introdução. II. Elementos de conexão da nacionalidade das partes. 1. Direito de nacionalidade. 2. Múltiplas nacionalidades. 3. Apátridas. 4. Estados com várias unidades territoriais. 5. Sucessão de Estados (gênese estatal, colapso estatal e Estados sucessores). III. Exercício de escolha. 1. Declaração expressa de escolha da lei. a) Indicação do direito escolhido. b) Designação de direitos pessoais. 2. Escolha concludente da lei. 3. Forma. 4. Eficácia material. IV. Efeitos da escolha da lei. V. Nenhuma escolha parcial de lei. VI. Alteração e revogação da escolha da lei. VII. Questões intertemporais. 1. Disposições transitórias do Regulamento. 2. Alterações no direito material aplicável. VIII. Conclusão.

* Publicado originariamente com o título "*Grundfragen der Rechtswahl in der neuen EU-Erbrechtsverordnung – eine Untersuchung des Art. 22 ErbRVO*", in: GPR – Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union, 2013, p. 148-155.

** Dr. Carl Friedrich Nordmeier é juiz no tribunal de Hesse, Alemanha.

*** Mariana Teixeira Fortes é bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais e mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bolsista CAPES, vinculada ao Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA).

Isabela Kasper Kopittke Brasil é graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Ambas as tradutoras são membros do Núcleo de Pesquisas de Direito Comparado e Internacional da UFRGS, sob orientação da Prof^a Dr^a Ms. Lisiane Wingert Feiten Ody.

I. Introdução

Em casos envolvendo diferentes países, a lei aplicável à sucessão legal é determinada nos termos do Art. 21, parágrafo 1 do novo Regulamento de Direito das Sucessões da União Europeia (ErbRVO),¹ basicamente através do domicílio de residência no momento da morte.² O artigo 22 do ErbRVO dá ao testador o direito de escolher entre a lei do lugar em que está no momento da escolha, ou do lugar de sua morte. A escolha da lei³ é a principal ferramenta para o planejamento patrimonial. Nesse sentido, o desenvolvimento dogmático do artigo 22 do ErbRVO tem importância central. Assim, é com base nessa escolha da lei aplicável que se fundamenta a admissibilidade e eficácia material de um testamento ou de um testamento em conjunto,⁴ nos termos do artigo 24, parágrafo 2, do ErbRVO, ou do pacto sucessório,⁵ de acordo com o artigo 25, parágrafo 3, do ErbRVO.⁶ Este artigo examina os requisitos e as consequências da escolha de lei nos termos do artigo 22 do ErbRVO.

¹ Regulamento UE n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4.7.2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu, *Jornal UE* 2012 L 201, p. 107. 107, corrigido *Jornal UE* 2012 L 334, p. 3, e *JO UE* 2013 L 41, p. 16. Sobre o texto do regulamento em Jayme/Hausmann, *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 16th ed. 2012, n. 61; sobre o regulamento em Baldus: *GPR* 2012, p. 312; Dörner, *ZEV* 2012, p. 505; Dutta, *FamRZ* 2013, p. 4; Janzen, *DNotZ* 2012, p. 484; Kunz, *GPR* 2012, p. 208, 253; Lagarde, *Rev. Crit. DIP* 101 (2012), p. 691; Lehmann, *DStR* 2012, p. 2085; Homem sel/Thorn/R. Wagner, *IPRax* 2013, p. 1, 6; Odersky, *notar* 2013, p. 3; Simon/Buschbaum, *NJW* 2012, p. 2393; Wilke, *RIW* 2012, p. 601; Woller, *ZErB* 2012, p. 227.

² Art. 25 (1) *EGBGB*, por outro lado, invoca a lei da nacionalidade no momento da morte como o fator de conexão básico. Sobre a mudança de princípio, ver Kindler, *IPRax* 2010, p. 44, 46 e seguintes.

³ Sobre isto, Leitzen, *ZEV* 2013, 128; com base no projeto de regulamento: Dutta, *Die Rechtswahlfreiheit im künftigen internationalen Erbrecht der Europäischen Union*, em: Reichelt/Rechberger (eds.), *Europäisches Erbrecht – Zum Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Erbund Willamentsrecht*, 2011, p. 57. Em geral sobre a liberdade de escolha da lei: Coester-Waltjen/Coester, *Rechtswahlmöglichkeiten im Europäischen Kollisionsrecht*, em: Michaels/Solomon (eds.), *Liber Amicorum Klaus Schurig zum 70. Geburtstag*, 2012, p. 33; Rühl, *Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht*, em: Baetge/v. Hein/v. Hinden (eds.), *Die richtige Ordnung – Festschrift für Jan Kroppholler zum 70. Geburtstag*, 2008, p. 187.

⁴ Sobre este Nordmeier, *ZEV* 2012, p. 513, 518 e seguinte.

⁵ Nordmeier, *ZErB* 2013, em breve; Odersky, *notar* 2013, p. 3, 8 e seguintes. (com exemplos de formulações).

⁶ A escolha da lei conforme o Art. 25 (3) ErbRVO também cobre os efeitos vinculantes do contrato de herança. Sobre o conceito de contrato sucessório no Regulamento Sucessório: Nordmeier, *ZEV* 2013, p. 117.

II. Elementos de conexão da nacionalidade das partes

Ao contrário do direito contratual⁷ internacional europeu, o Regulamento (ErbRVO) não permite a escolha de toda e qualquer lei estatal, mas restringe-a aos direitos da nacionalidade⁸ do falecido testador. De acordo com o Considerando 38, parágrafo 2, o objetivo é assegurar que haja uma “ligação” entre o testador e o direito escolhido e, que “expectativas legítimas” dos beneficiários obrigatórios não sejam frustradas. A legitimidade da escolha da lei no direito sucessório internacional pode ser vista na extensão da liberdade testamentária⁹ do direito positivo ou como consequência da importância da vontade humana nos sistemas jurídicos, que estão comprometidos com uma concepção liberal do homem.¹⁰ Entretanto, a solução do Regulamento de permitir uma escolha de lei limitada à nacionalidade é na verdade um compromisso político-jurídico, o qual deve garantir ao testador a segurança de planejamento;¹¹ facilitar a transição nos Estados-membros que seguiam o princípio da nacionalidade antes do início da aplicação do Regulamento;¹² e proteger os potenciais beneficiários da parte indisponível ao testador (*mutatis mutandis*, ‘legítima’)¹³ do conflito de leis.¹⁴

⁷ Art. 3 Regulamento Roma I, em mais detalhes Staudinger/Magnus (2011), Art. 3 Regulamento Roma I, Considerando 40 e seguintes; Nordmeier, in: Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2ª ed. 2010, cap. 37, Considerando 25 e seguintes.

⁸ Sobre os fundamentos históricos e histórico-intelectuais do Princípio da Nacionalidade: Jayme, Zugehörigkeit und kulturelle Identität – die Sicht des Internationalen Privatrechts, 2012, p. 24 e seguintes.

⁹ Este já era o caso dos autores do estudo que preparava o Regulamento de Herança Dörner/Hertel/Lagarde/Riering, IPRax 2005, 1, 5; além disso, Mansel, Vereinheitlichung des Internationalen Erbrechts in der Europäischen Gemeinschaft – Kompetenzfragen und Regelungsgrundsätze, em: Arkan/Yongalik/Sit (eds.), Tugrul Ansay’a Armagan (2006), pp. 185, 212; Mariottini, Famiglia, Persone e Successioni 2012, p. 110, 118; Kindler, IPRax 2010, p. 44, 49. Se isto for seguido, o fator decisivo para o alcance da escolha da lei é como se pensa sobre a relação entre sucessão legal e sucessão voluntária. Se entendermos a sucessão legal como a suposta vontade do testador, é óbvio reconhecer em grande parte uma escolha de lei, ver Neuhaus, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2ª ed. 1976, p. 254.

¹⁰ Wilke, RIW 2012, p. 601, 605.

¹¹ Também no contexto da noção de residência habitual, que não está claramente definida, ver o relatório da conferência de *Camara*, IPRax 2013, p. 198.

¹² Conforme Simon/Buschbaum, NJW 2012, p. 2393, 2395; Lange, ZVgIRWiss 110 (2011), p. 426, 432.

¹³ Sobre isto em detalhes: *Sonnentag*, EWS 2012, p. 457, 462 e seguinte.

¹⁴ Ver Dörner/Hertel/Lagarde/Riering, IPRax 2005, p. 1, 5. Em vista às possibilidades de projeto, especialmente da Lei Internacional de Empresas e Fundações criada (Pawlytta/Schmutz, ZEV 2008, p. 59), permanecem dúvidas quanto à eficiência desta proteção.

Devido à aplicabilidade universal do Regulamento, os nacionais de países terceiros também podem escolher a lei de seu país de origem.¹⁵ Basicamente, não são elegíveis, por outro lado, os direitos de residência habitual no momento da eleição ou do momento do óbito.¹⁶ Além disso, a lei propriedade, inclusive matrimonial, também não pode ser escolhida.¹⁷

Em contraste com a conexão objetiva do artigo 21, parágrafo 2, do Regulamento (ErBRVO) não há cláusula de escape (cláusula de salvaguarda) para uma escolha de lei. A lei escolhida se aplica, portanto, mesmo se, no momento da escolha ou no momento da morte, o falecido tenha uma conexão óbvia mais estreita com outro Estado do que aquele cuja a lei foi a escolhida.

1. *Direito de nacionalidade*

É possível escolher a lei de nacionalidade do falecido. Para saber se o cidadão tem a nacionalidade de determinado Estado, se determina com base no princípio da Lei de Nacionalidade do Estado.¹⁸ Isto pode ser uma questão preliminar (de direito público),¹⁹ ou melhor, primeira questão,²⁰ que não se encaixa no âmbito do Regulamento. O Considerando 41, segunda frase, segundo parágrafo, também sugere igualmente um conceito autônomo de nacionalidade para efeitos de conexão no direito sucessório internacional europeu. Consequentemente, ao responder à pergunta sobre a qual Estado uma pessoa pertence, os princípios gerais da União Europeia devem ser plenamente respeitados.²¹ Não se pode impor ou remover um cidadão contra sua vontade

¹⁵ Um brasileiro, portanto, direito brasileiro. Sobre o conceito de Estado-Membro no Regulamento: Lehmann, ZErB 2013, p. 25.

¹⁶ Para crítica jurídica: Lehmann, DStR 2012, p. 2085, 2088; Wilke, RIW 2012, p. 601, 606. Em contraste, defende a restrição à nacionalidade: R. Wagner, DNotZ 2010, p. 506, 515.

¹⁷ Mariottini, Famiglia, Persone e Successioni 2012, p. 110, 121 (sobre a proposta de regulamento); Wilke, RIW 2012, p. 601, 606.

¹⁸ Este também é o caso do direito internacional privado alemão, ver Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9ª ed. 2004, p. 382; Rauscher, Internationales Privatrecht, 4ª ed. 2012, Considerando nº 212.

¹⁹ Ver Considerando nº 41, p. 1 nas versões em inglês, francês ou espanhol, que utilizam o terminus technicus. A versão em língua alemã apenas indica isso.

²⁰ Isso já ocorre em casos de conflito de leis, não apenas no nível do direito material. Acerca da distinção, ver Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht Band 1, 2ª ed. 2003, § 7, Considerando nº 186. Outra questão é se a aquisição da nacionalidade depende ou não das relações jurídicas prejudiciais, por exemplo casamento e descendência.

²¹ Estes podem ser derivados da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ou, mais especificamente, da Convenção Europeia sobre Nacionalidade, de 6 de novembro de 1997. O artigo 3 da Convenção se baseia no princípio de que cada Estado determina quem são seus cidadãos de acordo com sua própria lei.

de outro Estado, especialmente, um terceiro Estado.²² No entanto, é possível distinguir entre nacionalidade na acepção do direito internacional e estatal e nacionalidade como fator de conexão no sentido do Regulamento de Direito das Sucessões da União Europeia.²³ Por exemplo, no caso de expatriações em massa²⁴ por violação do direito internacional, pode ser apropriado estabelecer ficticiamente a existência continuada da nacionalidade perdida para fins do direito sucessório internacional europeu. Do ponto de vista temporal, a lei do Estado cuja nacionalidade está em questão é que determina o momento da aquisição ou da perda da nacionalidade, isto é, por exemplo, se a perda de nacionalidade tem efeito *ex tunc*²⁵ ou *ex nunc*.

Nos termos do art. 20 do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE), a cidadania da União não é uma nacionalidade no sentido do art. 22 do Regulamento de Direito das Sucessões da União Europeia (ErbRVO), é adicional à respectiva nacionalidade de um Estado Membro, mas não a substitui.²⁶ A referência à “lei nacional”²⁷ no Considerando 41, segunda parte, mostra que o conceito de nacionalidade no Regulamento é limitado à filiação dos Estados. Além disso, não existe direito positivo de Sucessões²⁸ a nível europeu pelo qual se poderia optar.

2. Múltiplas nacionalidades

Se o falecido for um “cidadão múltiplo” (tiver mais de uma nacionalidade), o Regulamento não limita a escolha da lei à nacionalidade “efetiva”.²⁹ Ao contrário, de acordo com o Art. 22 (1), 2, ErbRVO, o testador poderá

²² Kegel/Schurig (nota 18), p. 382.

²³ Conforme Neuhaus (nota 9), p. 211 e seguinte (sobre o vínculo nacionalidade em geral); também Kegel/Schurig (Nota 18), p. 383; Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6ª ed. 2006, p. 272 (interpretação “funcional” do conceito de nacionalidade).

²⁴ Exemplo em Kropholler (Nota 23), p. 272.

²⁵ Na lei de nacionalidade alemã, por exemplo, de acordo com a seção 35 (4) StAG (retirada de uma naturalização ilegal com efeito para o passado).

²⁶ Conforme o conflito de leis alemão v. Hoffmann/Thorn, *Internationales Privatrecht*, 9ª ed. 2007, § 5, Considerando nº 58 (basicamente irrelevante).

²⁷ Inglês: “national law”, francês: “droit national”, espanhol: “legislación nacional”.

²⁸ A União também carece de competência para criá-la, ver Mansel (nota 9), p. 185, 191 e seguintes; W.-H. Roth, *Der Vorschlag einer Verordnung zur Regelung des internationalen Erbrechts*, in: Schmoeckel/Otte (eds.), *Europäische Willamentsformen*, 2011, p. 13, 15 e seguintes.

²⁹ Frieser/Martiny, *Fachanwaltskommentar Erbrecht*, 4ª ed. 2013, sob Art. 26 EGBGB (EuErbVO) Considerando nº 96; Leitzen, *ZEV* 2013, p. 128; Odersky, *notar* 2013, p. 3, 5; Woller, *ZErB* 2012, p. 227, 231.

escolher entre os direitos de todos os estados aos quais ele pertence. Isto se harmoniza a com a decisão de García Avello³⁰ do TJUE (Tribunal de Justiça da União Europeia), que, a partir do direito de liberdade de circulação na União Europeia e da proibição de discriminação do direito internacional de nomes, concedeu a um cidadão com dupla nacionalidade um poder de escolha entre o Direito dos países de que tiver nacionalidade.³¹

3. Apátridas

O Regulamento não aborda a questão acerca da escolha de lei pelos apátridas.³² Da perspectiva alemã, o artigo 12 da Convenção das Nações Unidas, de Nova Iorque, em 28 de setembro de 1954,³³ sobre o Estatuto Jurídico dos Apátridas concebido como *loi uniforme* deve ser considerado, pois de acordo com o artigo 75, (1), ErbRVO, ele tem precedência sobre o Regulamento.³⁴ Apátridas podem, portanto, escolher a lei de seu domicílio e, na ausência de tal domicílio, a de sua (simples) residência no momento da escolha da lei ou no momento da morte.³⁵

4. Estados com várias unidades territoriais

Se o falecido for um nacional de um estado multijurisdicional (com várias unidades territoriais) – isto é, um Estado em que não existe um direito sucessório positivo uniforme –, a determinação da lei particular requer um

³⁰ TJE, Judg. v. 2. 10.2003, Processo C-148/02, [2003] ECR I-11613, García Avello v. Estado Belga; continuação em Direito de Jurisdição Internacional no TJUE, Sentença de. 16.7.2009, Processo C-168/08, EuZW 2009, p. 619, Laszlo Hadadi ./ Csilla Marta Mesko, casada com Hadadi.

³¹ Ver Nordmeier, StAZ 2011, p. 129, 139. A decisão do TJE desencadeou a discussão metodológica sobre um princípio de reconhecimento no direito internacional privado europeu.

³² Questão deixada em aberto em Nordmeier, ZEV 2012, p. 513, 519, Nota 61; rejeitando pelo menos para a escolha da lei da nacionalidade no momento da morte Leitzen, ZEV 2013, p. 128 (no momento da morte a nacionalidade deve ser dada).

³³ Em vigor para a República Federal da Alemanha desde 24.1.1977, BGBl. 1976 II, p. 473 e BGBl. 1977 II, p. 235. Parcialmente impresso em Jayme/Hausmann (Nota 1), N. 12.

³⁴ O “estatuto pessoal” regulamentado no Art. 12 da Convenção cobre questões de direito sucessório, cf. Staudinger/Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Considerando 482 e 484; Kegel/Schurig (Nota 18), p. 459 e 462.

³⁵ Frieser/Martiny (Nota 29), de acordo com o Art. 26 EGBGB (Lei de Introdução ao Código Civil Alemão) (EuErbVO) Considerando nº 97. Sobre o problema paralelo da escolha da lei dos apátridas na lei de divórcio internacional de acordo com o Art. 5 Roma III Regulamento também NK-BGB/Hilbig-Lugani, Art. 5 Roma III, Considerando 46, em breve; jurisPK-BGB/Ludwig, 6ª ed. 2012, Art. 5 Roma III nº 14; Gruber, IPRax 2012, p. 381, 386.

regulamento separado.³⁶ O regulamento distingue entre os Estados divididos em interlocais, Artigo 36, do ErbRVO, e os Estados divididos em interpessoais, Artigo 37, do ErbRVO.³⁷ As divisões jurídicas interlocais são encontradas, por exemplo, nos Estados Unidos da América³⁸ ou na Espanha,³⁹ e as divisões jurídicas interpessoais são conhecidas, por exemplo, em Israel⁴⁰ e em muitos Estados africanos. Para a escolha de lei baseada na nacionalidade do Art. 22 do Regulamento de Direito das Sucessões da União Europeia (ErbRVO), a distinção entre a divisão jurídica interlocal e interpessoal é irrelevante. De acordo com os Artigos 36 (1) e (2)(b) e 37 (1) e (2) do ErbRVO, a lei específica aplicável é determinada principalmente de acordo com as disposições da lei interlocal ou interpessoal aplicável no Estado em questão. Portanto, por exemplo, um cidadão espanhol com territorialidade catalã (*vecindad civil*)⁴¹ não pode escolher a lei de herança galega.⁴² Se não existir nenhum conflito de leis interlocal ou interpessoal, a lei particular com a qual o falecido está mais estritamente ligado pode ser a escolhida.

5. *Sucessão de Estados (gênese estatal, colapso estatal e Estados sucessores)*

Não há garantia de eternidade quanto à existência dos Estados. O Estado, cuja lei o testador escolheu, pode ter existido no momento da escolha da lei,

³⁶ Fundamental para o problema com base no regulamento proposto por Jayme, Zur Reichweite des Erbstatuts, in: Reichelt/Rechberger (Considerando nº 3), p. 27, 31 e seguintes.

³⁷ Em um estado dividido interlocalmente, diferentes direitos de herança substantivos se aplicam em diferentes unidades territoriais; em um estado dividido interpessoalmente, diferentes direitos de herança substantivos se aplicam dependendo da afiliação a um determinado grupo de pessoas (por exemplo, de acordo com a religião ou afiliação tribal), ver apenas Rauscher (Nota 18), Considerando nº 9 e seguintes e 14 e seguintes.

³⁸ Próximo: Staudinger/Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Considerando 685.

³⁹ Fundamental: Jayme, Rechtsspaltung im spanischen Privatrecht und deutsche Praxis, in: ders. (ed.), Gesammelte Schriften Band 2: Rechtsvergleichung: Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari zur Postmoderne, 2000, p. 156 e seguintes; Steinmetz/Löber/García Alcázar, ZEV 2010, p. 234.

⁴⁰ Para mais detalhes, em particular com base nas regras de jurisdição israelense, Günzel, Religionsgemeinschaften in Israel, 2006, p. 105 e seguinte.

⁴¹ Este é o fator de conexão de interesse recíproco, ver OLG Karlsruhe, Urt. v. 9. 12.1987, 6 U 244/86, IPRax 1989, 287 m. Nota Jayme; ibid. (nota 39), p. 27, 32; Steinmetz/Löber/García Alcázar, ZEV 2010, p. 234.

⁴² Conforme: Leitzen, ZEV 2013, p. 128, 129.

mas pode ter deixado de existir no momento da morte.⁴³ O problema surge independentemente de a lei da nacionalidade ter sido escolhida no momento da escolha ou no momento da morte. Em princípio,⁴⁴ há três soluções possíveis: ineficácia da escolha da lei, aplicação da lei material de sucessão do Estado perdido ou aplicação da lei de sucessão do Estado sucessor, do qual o falecido é nacional no momento da morte. Para mim (diz o autor original), esta última solução seria a preferível.⁴⁵ Ela leva em conta o fato de que o Estado sucessor toma o lugar de seu predecessor sob o direito internacional.⁴⁶ Além disso, ela corre paralelamente ao tratamento das reformas dos direitos reais, que também devem ser levados em consideração se entrarem em vigor após a escolha da lei.⁴⁷ A segunda solução é contrária pelo fato de que a fixação da lei aplicável em um momento anterior à morte do testador – como uma hipotética lei sucessória – está, em princípio, prevista apenas para certos aspectos das disposições de bens por morte no art. 24 f, do ErbRVO, mas não para o direito sucessório em geral, e mesmo neste caso, as mudanças fáticas são consideradas de acordo com o direito intertemporal. Há também o perigo que a “lei morta” não pode resolver adequadamente os problemas atuais.⁴⁸ Assumir a ineficácia da escolha da lei e, portanto, aplicar regularmente⁴⁹ a lei da última residência habitual é provavelmente menos condizente com a vontade do testador do que aplicar a lei de um Estado sucessor. Pois em cada escolha do direito de nacionalidade é também a renúncia do direito de residência.

⁴³ A constelação inversa, na qual o Estado cuja lei foi escolhida só existia no momento da morte, mas não (já) na época, é provável que seja rara. Em tal caso, a escolha da lei deverá ser entendida como referindo-se à hora da morte.

⁴⁴ Uma maior diferenciação pode ser feita de acordo com as formas de aparência do desaparecimento do estado e a forma da lei de sucessão no estado desmembrado. Se um estado multi-jurisdicional se desintegra em sub-estados individuais, a lei substantiva da antiga sub-jurisdicção, que é agora um estado independente, permanece determinada pela (antiga) lei interlocal, ver Kropholler (nota 23), p. 197 e seguintes; Busse, IPRax 1998, p. 155, 159 e seguintes; Grosserichter/Bauer, RabelsZ 65 (2001), p. 201, 221.

⁴⁵ Como regra, este resultado também será alcançado se o estado sucessor com o qual o testador está mais estreitamente ligado for levado em conta.

⁴⁶ O direito internacional privado, naturalmente, não é obrigado a seguir a mudança no direito internacional, mas pode decidir com base em seus próprios interesses, ver Busse, IPRax 1998, p. 155 e seguinte. Entretanto, a sincronização parece desejável especialmente no caso da conexão com a nacionalidade, que se baseia na afiliação da pessoa a um Estado sob o direito internacional.

⁴⁷ Veja abaixo VII.2.

⁴⁸ Conforme Busse, IPRax 1998, p. 155, 158.

⁴⁹ Sujeito a uma conexão obviamente mais estreita de acordo com o Art. 21 § 2 ErbRVO.

III. Exercício de escolha

O regulamento diferencia entre os requisitos formais de escolha estabelecidos no Art. 22, parágrafo 2º, do ErbRVO, e sua validade material, que é regulada pelo Art. 22, parágrafo 3º, do ErbRVO. A admissibilidade da escolha da lei decorre do próprio regulamento.⁵⁰

1. Declaração expressa de escolha da lei

A escolha expressa da lei é uma declaração legal feita pelo testador com o intuito de regular qual a lei ou o direito deve ser aplicado em sua sucessão, se o da sua atual nacionalidade ou da sua nacionalidade no momento da morte.⁵¹

a) Indicação do direito escolhido

Há incerteza sobre se a lei escolhida precisa ser especificada com precisão. Especialmente para a escolha do direito de nacionalidade no momento da morte, uma designação abstrata desta lei é, geralmente, considerada inadmissível.⁵² Isso decorre do Art. 22, parágrafo 2º, do ErbRVO.⁵³ A opinião contrária⁵⁴ considera válido fazer uma escolha abstrata, por exemplo, por meio da formulação: “eu escolho o direito do Estado a que pertenço no momento da minha morte”. Para estes, os melhores argumentos deveriam ser argumentos verbais. A expressão “expressamente” do Art. 22, Parágrafo 2º, inciso I, do ErbRVO refere-se à expressividade da escolha da lei, não à designação expressa da lei escolhida. Isso pode ser compreendido como uma contrapartida à escolha implícita da lei de acordo com o Art. 22, parágrafo 2º, inciso II, do ErbRVO.⁵⁵ A admissibilidade de uma escolha abstrata da lei decorre da possibilidade de se fazer uma escolha implícita da lei. Se o regulamento permite a escolha da lei sem que seja necessário designar expressamente qual a lei escolhida, sua designação expressa, ainda que abstrata,

⁵⁰ Dutta, FamRZ 2013, p. 3, 8.

⁵¹ Formulações sugeridas em Odersky, notar 2013, p. 3, 7 e seguinte.

⁵² Dörner, ZEV 2012, p. 505, 511 (com a qualificação de que a redação da lei permite dúvidas); Janzen, DNotZ 2012, p. 484, 485; Leitzen, ZEV 2013, p. 128; provavelmente também Herzog, ErbR 2013, p. 2, 6.

⁵³ Janzen, DNotZ 2012, p. 484, 485.

⁵⁴ Mansel (Nota 9), p. 185, 212; ainda também: Devaux, The European Regulations on Succession of July 2012: A Path Towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or not?, SSRN-id: 2230663; Wilke, RIW 2012, p. 601, 605 e seguintes.

⁵⁵ A versão em francês é um pouco mais clara do que a versão em alemão. A escolha “est formulé de manière expresse” ou “résulte des termes [de uma disposição em razão da morte]”.

é suficiente. A objeção, que à primeira vista parece óbvia, de que a escolha implícita da lei também deve estar relacionada a uma lei específica,⁵⁶ leva ao questionamento de saber se a escolha da lei é possível de ser feita apenas de forma específica, ou também pode ser feita de forma abstrata. A consideração de que uma ideia de validação está subjacente à possibilidade de escolha da lei no momento da morte tende⁵⁷ a falar a favor da possibilidade de se fazer uma escolha abstrata da lei. De acordo com essa abordagem, seria inclusive inofensivo caso o testador errasse a respeito da elegibilidade de um direito no momento da escolha da lei aplicável, caso esse direito seja a sua nacionalidade na hora da morte.⁵⁸ Seria uma avaliação contraditória exigir o conhecimento certo acerca da futura nacionalidade no momento da morte⁵⁹ para sanar um equívoco sobre a elegibilidade de um direito no momento da eleição.

b) Designação de direitos pessoais

Em caso de uma divisão interlocal ou interpessoal da lei, a escolha de lei particular é alternativamente governada pelo conflito local ou pessoal de leis do Estado em questão, determinado pela conexão mais próxima.⁶⁰ Caso uma declaração de escolha de lei não leve isso em consideração (por exemplo, escolhendo a “lei da Espanha”, ou a “lei dos Estados Unidos”), ela deve ser regularmente interpretada de tal forma que a lei particular eleita⁶¹

⁵⁶ Ou seja, as indicações a partir das quais a escolha da lei é inferida teriam que apontar para uma lei específica.

⁵⁷ Ver Herzog, ErbR 2013, p. 2, 6. A possibilidade de escolha no momento da morte tinha sido inserida a fim de resolver disputas sobre a fixação temporal da conexão. A escolha da lei de um estado ao qual o testador não pertencia no momento da escolha da lei deve ser suficiente se a nacionalidade existir no momento da morte.

⁵⁸ Uma possibilidade é o – bastante impraticável – erro do testador no momento da escolha da lei a qual Estado ele pertence. Por outro lado, um erro sobre a elegibilidade de uma lei pode ser considerado. Por exemplo, um cônjuge pode estar sob o equívoco, no momento da escolha, de que ele ou ela pode escolher a lei do estado ao qual o outro cônjuge pertence. A abordagem de validação cura este erro se o cônjuge que escolheu mudar de nacionalidade antes de sua morte e adotar a do Estado cuja lei ele escolheu.

⁵⁹ Somente neste caso, pode ser chamado de concreto com certeza.

⁶⁰ Ver acima II.4.

⁶¹ Em termos de tempo, depende se a lei foi escolhida no momento da eleição ou no momento da morte. A determinação da lei específica aplicável é feita em relação ao respectivo momento. Por exemplo, se a lei da nacionalidade foi escolhida no momento da morte, a lei particular que designa a lei interlocal ou interpessoal para aquele tempo, ou alternativamente a que tem a conexão mais próxima, é decisiva.

seja aplicável.⁶² A escolha expressa de um direito que não pode ser eleito, todavia, não é permitida.⁶³

2. Escolha concludente da lei

A escolha da lei também pode se basear nas determinações dispostas, por exemplo, em um testamento, um testamento conjunto ou um contrato de herança,⁶⁴ de acordo com o art. 22, parágrafo 2º, inciso II. O parâmetro da escolha implícita da lei – isto é, quais os indicadores e qual peso da vontade do testador de escolher a lei de um Estado a que pertence – são autônomos, não devendo ser determinados de acordo com a legislação em perspectiva.⁶⁵ O critério autônomo é esclarecido no Considerando nº 39, página 2. De acordo com o Art. 22, parágrafo 3º do ErbRVO, a lei em perspectiva decide sobre a validade substantiva da escolha da lei.⁶⁶ O Considerando 40 especifica o que deve ser entendido por eficácia substantiva. Ao contrário do Considerando 39, a questão das circunstâncias em que uma escolha de lei é feita conclusivamente não faz parte da sua eficácia substantiva.

Uma distinção também deve ser feita entre a escolha implícita do estatuto de sucessão disposto no Art. 22, parágrafo 2, inciso 2 do ErbRVO, e a escolha implícita do estatuto hipotético de sucessão, de acordo com o Art. 24, parágrafo 2º, cumulado com o Art. 22, parágrafo 2º, inciso II, do ErbRVO, ou Art. 25, parágrafo 2º, cumulado com o Art. 22, parágrafo 2º, inciso II, do ErbRVO.⁶⁷ É possível que o testador deseje a aplicação do seu direito de nacionalidade apenas para a admissibilidade e validade substantiva – no caso de contratos sucessórios também para o efeito vinculativo – mas, de outra forma, deseja que a lei da sua residência habitual seja aplicada à sua sucessão em caso de morte.

A avaliação para determinar se o testador fez uma escolha implícita da lei deve ser realizada caso a caso. A base para tanto é a disposição dos bens

⁶² A. A. Janzen, DNotZ 2012, p. 484, 486 (isto decorre do Art. 22 (2) ErbRVO; ver, entretanto, acima III.1.a).

⁶³ Exemplo: cidadão espanhol com *vecindad civil* catalão escolhe a lei galega, cf. também acima II.4. com nota 41.

⁶⁴ Ver a definição no Art. 3º, parágrafo 1º (d) ErbRVO; sobre a escolha da lei em testamentos conjuntos *Leizen*, ZEV 2013, p. 128, 129 e seguinte; *Nordmeiers*, ZEV 2012, p. 513, 518; sobre a escolha da lei em contratos de herança *Nordmeier*, ZErB 2013, a publicar.

⁶⁵ A. A. *Leizen*, ZEV 2013, p. 128, 129 (a escolha implícita da lei é baseada na lei escolhida em determinadas circunstâncias); como *Dutta*, FamRZ 2013, p. 3, 8.

⁶⁶ Mais abaixo III.4.

⁶⁷ Ver *Lechner*, NJW 2013, p. 26, 27; *Nordmeier*, ZErB 2013, a publicar.

em caso de morte, cujos termos – ou seja, cujo conteúdo⁶⁸ – deve indicar essa escolha.⁶⁹ Como ponto de partida, utiliza-se o considerando nº 39, página 2, 2ª alteração, a referência a disposições específicas da lei da nacionalidade. A menção expressa de disposições legais do direito interno é uma forte indicação de uma escolha implícita de lei.⁷⁰ Mesmo a “menção” ao direito de nacionalidade “de outras” formas não pode, de acordo com o considerando 39, página 2, 2ª alteração, estabelecer a escolha implícita da lei. O que é significativo é a utilização de conceitos específicos do direito sucessório⁷¹ ou de instituições jurídicas do direito do país de origem. É de notar, no entanto, que quanto mais próximo estes estão do objetivo do Estatuto de Herança (Erbstatut), menos peso carregam.⁷² A seguinte consideração jurídica comparativa sugere-se, portanto, a si própria: quanto mais estrangeiros forem os termos em questão à lei determinada pela conexão objetiva,⁷³ e quanto mais familiarizados com a lei de (uma das) nacionalidade(s), mais próxima é a presunção de uma escolha implícita da lei.⁷⁴

Outro aspecto que aponta para uma escolha implícita da lei é a adaptação da disposição dos bens por morte aos requisitos legais decorrentes da lei da nacionalidade. Por exemplo, o desenho da disposição dos bens por morte no que diz respeito às quotas sucessórias, ou a escolha da lei do país de origem, pode ser indicada pela forma como é estruturada a disposição dos bens após a morte.

A isso acrescenta-se a língua utilizada⁷⁵ ou os motivos do testador estabelecidos na disposição testamentária.

⁶⁸ Art. 22 (2) 2ª alteração. O ErbRVO utiliza o termo “provisões”. Isto se refere aos termos utilizados, ver por exemplo as versões em inglês (“terms”), francês (“termes”), holandês (“bewoordingen”), português (“termos”) ou espanhol (“términos”).

⁶⁹ Cf. *Leitzen*, ZEV 2013, p. 128, 129; *Woller*, ZErB 2012, p. 227, 231 (interpretação do decreto).

⁷⁰ Exemplo: “Ordeno a execução de um testamento de acordo com o §§ 2197 e seguintes do BGB”; cf. *Dutta* (Nota 3), p. 57, 75; cautelosamente *Dörner*, ZEV 2012, p. 505, 511 (sem conclusão convincente).

⁷¹ *Wilke*, RIW 2012, p. 601, 606 (“Einantwortung” e “Verlassenschaft” apontam para a lei de sucessões austríaca).

⁷² Cf. *Odorsky*, notar 2013, 3, 5 (declaração geral de herança ou legado de pouco significado).

⁷³ Regularmente, de acordo com o Art. 21, parágrafo 1º, do ErbRVO, a lei da residência habitual no momento da morte.

⁷⁴ Ver, por exemplo, *Nordmeiers*, ZEV 2012, p. 513, 519: A elaboração de um testamento conjunto por cidadãos alemães com residência habitual na Áustria não é indicação suficiente de uma escolha implícita da lei, porque a lei austríaca também permite testamentos conjuntos.

⁷⁵ É certo que não é a única característica decisiva, ver *Odorsky*, notar 2013, p. 3, 5.

No conjunto, os requisitos para estabelecer uma escolha implícita da lei não são demasiado elevados.⁷⁶ Isto também é demonstrado por uma consideração da escolha implícita da lei no conflito de leis europeu.⁷⁷ Assim, em particular no direito internacional dos contratos de acordo com o Art. 3 (1), parágrafo 1º, do Regulamento de Roma I, uma escolha implícita da lei deve resultar “claramente” das disposições do contrato. O Art. 22 (2), parágrafo 2º do ErbRVO revela-se mais generoso na sua redação.⁷⁸

3. *Forma*

A escolha da lei deve preservar a forma de disposição dos bens em caso de morte.⁷⁹ Em princípio, isto é visto como uma referência ao artigo 27º do ErbRVO⁸⁰ ou do estatuto formal;⁸¹ ou seja, a escolha da lei deve respeitar a forma de disposição da propriedade por morte que exige um dos direitos designados pelo Art. 27 ErbRVO. Para a escolha da lei feita em disposição escrita após a morte é, em princípio, de pouca relevância prática se é aplicável aos Estados-Membros – como a República Federal da Alemanha – a Convenção de Haia sobre a forma dos testamentos (HTestFÜ)⁸² para determinar a forma de escolha da lei ao abrigo do art. 27º do ErbRVO ou das disposições do HTestFÜ, uma vez que o art. 27º do ErbRVO reproduz por si próprio a Convenção de Haia.⁸³ As ligações alternativas do art. 27º do ErbRVO e do art. 1º do HTestFÜ não se baseiam apenas no o momento em que a disposição testamentária é feita, mas também na hora da morte do testador. Esta cura por meio de uma alteração dos estatutos deve também aplicar-se à forma da escolha da lei. Isso porque o art. 22 (2) do ErbRVO não fixa a ligação da forma de escolha da lei com

⁷⁶ Dutta, FamRZ 2013, p. 3, 8.

⁷⁷ Ver também Rühl, em: FS Kropholler (Nota 3), p. 187, 197 e seguinte.

⁷⁸ Ver Nordmeier, ZErB 2013, a publicar. Sobre as diferentes versões linguísticas do Art. 3, parágrafo 1º, Rom I-VO ver R. Wagner, IPRax 2008, p. 377, 378 e seguinte.

⁷⁹ Para a escolha expressa da lei, estipula-se o Art. 22 (2), 1ª alternativa do ErbRVO, para a escolha implícita da lei, decorre do fato de se basear no Art. 22 (2), 2ª alternativa do ErbRVO e deve resultar do conteúdo de uma disposição testamentária.

⁸⁰ DörnerZEV 2012, p. 505, 511; Leitzen, ZEV 2013, p. 128, 129.

⁸¹ Dutta, FamRZ 2013, p. 3, 8; assim como Wilke, RIW 2012, p. 601, 606.

⁸² Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável à Forma das Disposições Testamentárias v. 5. 10. 1961, BGBl. 1965 II, p. 1145; texto em Jayme/Hausmann (Nota 1), No. 60.

⁸³ O legislador também alargou as disposições do HTestÜ aos contratos sucessórios, ver Dörner, ZEV 2012, p. 505, 511; Dutta, FamRZ 2013, p. 3, 10; Simon/Buschbaum, NJW 2012, p. 2393, 2396; Woller, ZErB 2012, p. 227, 232.

o momento da escolha. Uma vez que uma escolha parcial da lei limitada a bens individuais é inadmissível,⁸⁴ o estatuto formal mediado pela localização de bens imóveis não está disponível para a escolha da lei ao abrigo do Art. 27 (1) (e) do ErbRVO. Isto porque o Art. 27 (1) (e) do ErbRVO e Art. 1 (1) (e) HTestFÜ invocam a lei do lugar de localização do bem apenas para os bens imóveis ali situados, e não para toda a disposição dos bens em caso de morte.

A questão da determinação da lei aplicável à forma de escolha oral da lei suscita dúvidas. O art. 1º, parágrafo 2º, lit. F) do ErbRVO exclui do âmbito de aplicação do Regulamento a validade formal das disposições de bens em caso de morte feitas de forma oral.⁸⁵ Contudo, não se pode concluir que o Regulamento proíbe a escolha oral da lei por razões de forma. Tal restrição não está estabelecida no texto do regulamento⁸⁶ e seria contrária ao princípio de que a forma da disposição testamentária deve ser exigida para a escolha da lei, mas também é suficiente.⁸⁷ A determinação da lei aplicável à forma de uma escolha oral da lei é, portanto, feita – como a da lei aplicável à forma de uma disposição oral da propriedade após a morte – de acordo com as regras de conflito de leis da *lex fori*, ou seja, perante um tribunal alemão e de acordo com o HTestFÜ.

4. Eficácia material

A eficácia material da escolha da lei é determinada pela lei escolhida (lei prospectiva) de acordo com o art. 22 (3) do ErbRVO. A aparência de uma escolha de lei é suficiente para que a lei aparentemente escolhida possa decidir sobre a eficácia material da escolha.⁸⁸ A admissibilidade da escolha da lei, por outro lado, decorre do próprio regulamento, de modo que pode ser escolhido um direito que não disponha sobre matéria sucessória.⁸⁹ O Considerando 40, p. 2, concretiza o conceito de validade substantiva no sentido de que inclui as questões acerca de saber se o testador que faz a escolha da lei compreendeu o que isto significava e concordou com ela. A formulação não

⁸⁴ Mais perto abaixo de V.

⁸⁵ Isso deve levar em conta o fato de que alguns Estados-Membros formularam uma reserva contra a aplicabilidade do HTestFÜ aos testamentos orais, cf. *Janzen*, DNotZ 2012, p. 484, 488, Nota 14. No entanto, a Alemanha não o fez. Ver *Staudinger/Dörner* (2007), Vorbem. Art. 25 e seguinte. EGBGB Rn 107.

⁸⁶ Atualmente não há exigência de formulário escrito.

⁸⁷ Cf. *Wilke*, RIW, p. 601, 606.

⁸⁸ Esse *bootstrap principle* é conhecido do Regulamento de Roma (Rom I-VO), ver *Staudinger/Magnus* (2011), Art. 3 Rom I-VO nº 171.

⁸⁹ Considerando 40, p. 1; *Dutta*, FamRZ 2013, p. 3, 8; *Lagarde*, Ver. Crit. DIP 101 (2012), p. 691, 721.

é, todavia, inteiramente precisa. Isto porque se a lei escolhida não dispuser sobre matéria de sucessões, dificilmente conterà disposições sobre a questão em que condições se poderia presumir que uma pessoa compreendeu e consentiu com tal escolha. O que se entende por validade substantiva – em paralelo com o n.º 1 do artigo 26.º do ErbRVO⁹⁰ – é, na sua essência, regras da doutrina geral das transações jurídicas. Abrange, por exemplo, defeitos de intenção, em particular devido a engano, coação ou erro, e disposições sobre representação.⁹¹ As questões de interpretação,⁹² na medida em que não dizem respeito à natureza tácita da declaração, estão também sujeitas ao direito prospectivo como um aspecto de validade substantiva. A capacidade jurídica, capacidade empresarial e capacidade de agir, por outro lado, não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do Regulamento de acordo com o art. 1.º, parágrafo 2.º, alínea b), do ErbRVO.⁹³

A forma da declaração de escolha da lei é regida pelo Art. 22 (2) ErbRVO. Isto inclui a escolha implícita da lei. A questão de saber quais são as provas circunstanciais que conduzem a uma escolha tácita da lei entre as disposições de uma disposição de bens por morte não é, portanto, respondida de acordo com o direito prospectivo, mas de forma autônoma a nível europeu. Esta distinção é derivada do direito internacional dos contratos de acordo com o Art. 3, parágrafo 1.º, S.1, do Rom I-VO e Art. 3.º, parágrafo 5.º, do Rom I-VO.⁹⁴

Do ponto de vista da validade substantiva, a lei escolhida também decide sobre a validade de uma condição ou limitação da escolha da lei. A admissibilidade de uma condição ou o limite de tempo⁹⁵ decorre da possibilidade de alterar ou revogar a escolha da lei feita.⁹⁶ O limite de tempo, em específico, pode ser entendido como uma revogação antecipada.

⁹⁰ De acordo com a sua redação, o art. 26 do ErbRVO diz respeito apenas à validade substantiva de um testamento, em conformidade com o art. 24 e seguinte, ErbRVO. No entanto, a norma indica quais as questões a serem atribuídas à área do sistema de “validade substantiva”.

⁹¹ Cf. Art. 26 (1) (e) ErbRVO; *Dörner*, ZEV 2012, p. 505, 511.

⁹² Cf. Art. 26 (1) (e) ErbRVO; *Dörner*, ZEV 2012, p. 505, 511.

⁹³ Também aqui há sobreposições com o considerando 40, p. 2, uma vez que a questão de saber se uma pessoa geralmente reconhece a relevância jurídica das suas ações faz parte da capacidade jurídica.

⁹⁴ Ver *Staudinger/Magnus*, Art. 3 Rom I-VO, n. 171.

⁹⁵ De acordo com *Leitzen*, ZEV 2013, p. 128, 129, a admissibilidade resulta “de acordo com a generalidade dos princípios”.

⁹⁶ Art. 22 (4) ErbRVO. Mais sobre alterações e revogações abaixo do IV.

IV. Efeitos da escolha da lei

Em razão da escolha efetiva da lei, a sucessão legal por morte é regulada de forma abrangente pelas regras substantivas da lei escolhida, de acordo com o princípio da unidade da sucessão,⁹⁷ tal como estabelecido no Art. 23(1) do ErbRVO. Contudo, seu conflito de leis é irrelevante, nos termos do art. 34, parágrafo 2º, 2ª alt. O princípio da unidade da sucessão é quebrado pela conexão especial de normas imperativas no art. 30 do ErbRVO.⁹⁸ Uma violação da ordem pública pela lei escolhida pode ser combatida pelo art. 35 do ErbRVO. De uma perspectiva alemã, isto pode ser considerado, por exemplo, se a lei escolhida excluir qualquer participação dos descendentes no Espólio.⁹⁹ Esses não são, obviamente, problemas específicos da escolha da lei.

Em termos de direito processual, a escolha da lei de um Estado-Membro abre a possibilidade de concluir um acordo sobre o local de jurisdição de acordo com o art. 5º do ErbRVO. Este acordo requer uma escolha efetiva de lei. Além disso, são aplicáveis as disposições de jurisdição especial do art. 6º do ErbRVO.¹⁰⁰ Estas permitem que o processo de inventário seja conduzido no Estado cuja lei foi escolhida.

V. Nenhuma escolha parcial de lei

A escolha parcial de lei (*dépeçage*) é inadmissível.¹⁰¹ Em particular, o testador não pode escolher a lei local para bens imóveis individualmente.¹⁰² Isso resulta do art. 22, parágrafo 1º, ErbRVO, em outra versão que não a versão em alemão.¹⁰³

⁹⁷ Em detalhes Jayme (Nota 36), p. 27 e seguintes.; também Janzen, DNotZ 2012, p. 484, 487; Mansel / Thorn / R. Wgner, IPRax 2013, p. 1, 7; Simon / Buschbaum, NJW 2012, 2393, 2396; Wilke, RIW 2012, p. 601, 607. O vínculo objetivo com o Art. 21 (1) ErbRVO é baseado no princípio da unidade da herança, ver Dörner, ZEV 2012, p. 505, 510.

⁹⁸ Isto se refere, por exemplo, a regulamentos especiais no direito sucessório agrícola, tais como o alemão §§ 4 HöfeO e seguintes. Contudo, a invocação da lei local de uma *rex lei sitae* seguindo o princípio da divisão da propriedade não é suficiente. Em mais detalhes ver Dutta, FamRZ 2013, 3, 11; Lehmann, ZErB. 2013, p. 25, 29 e seguinte; Wilke, RIW 2012, p. 601, 607 e seguinte.

⁹⁹ Ver Dörner, ZEV 2012, p. 505, 510; Mansel/Thorn/R. Wagner, IPRax 2013, p. 1, 7; Wilke, RIW 2012, p. 601, 608.

¹⁰⁰ Visão geral por Dutta, FamRZ 2013, p. 3, 6 e seguinte; Simon/Buschbaum, NJW 2012, p. 2393, 2394

¹⁰¹ Frieser/Martiny (Nota 29), de acordo com Art. 26 EGBGB (EuErbVO) n. 95; Kohler/Pintens, FamRZ 2012, p. 1425, 1427; Nordmeier, ZEV 2012, p. 513, 519.

¹⁰² Lagarde, Rev. Crit. DIP 101 (2012), p. 691, 721.

¹⁰³ Nordmeier, ZEV 2012, p. 513, 519 em Nota 64.

VI. Alteração e revogação da escolha da lei

A modificação (alteração ou revogação) de uma escolha de lei validamente realizada; ou seja, o impacto no seu conteúdo ou existência por meio do negócio jurídico, é rudimentarmente regulado no art. 22, parágrafo 4, ErbRVO, apenas no que diz respeito à forma a ser observada.¹⁰⁴ O regulamento, evidentemente, pressupõe a admissibilidade fundamental de uma alteração ou revogação da escolha da lei.¹⁰⁵ Quanto à eficácia material, o considerando 40, p. 2, afirma que a lei anteriormente escolhida deve prevalecer. Isso faz sentido para a revogação como um ato contrário da escolha. Para a mudança da escolha da lei, segue-se que não é a nova lei escolhida que prevalece, mas a lei previamente escolhida. No caso de uma alteração da escolha da lei, a eficácia material não é, portanto, baseada na lei futura.

Em relação à forma da modificação, o art. 22 (4), ErbRVO exige que ela cumpra os requisitos formais para alterar ou revogar uma disposição por morte. Isso também se aplica a questões de eficácia formal de alterações implícitas ou revogações da escolha da lei, por exemplo, rasgando o testamento.¹⁰⁶ A lei aplicável é determinada de acordo com as regras segundo as quais a lei aplicável à forma de escolha do direito é determinada,¹⁰⁷ em particular de acordo com o HTestFÜ (Haager Testamentsformübereinkommen) ou o art. 27 do ErbRVO. O vínculo alternativo para a forma de uma mudança ou revogação no art. 2 (1) e (2) HTestfü ou art. 27 (2) ErbRVO deve ser observada.¹⁰⁸ Por exemplo, a revogação de uma escolha de lei torna-se formalmente efetiva se cumprir os requisitos formais da residência habitual da parte revogante no momento da escolha da lei ou no momento da revogação.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Foi certa a crítica ao projeto de regulamento de *Dutta* (Nota. 3), p. 57, 77.

¹⁰⁵ É aberto até que ponto uma escolha de lei feita numa disposição vinculativa de propriedade após a morte é coberta pelo seu efeito vinculativo; sobre o problema *Leitzen*, ZEV 2013, p. 128, 130; *Nordmeier*, ZErB 2013, a publicar; *Odersky*, notar 2013, p. 3, 8.

¹⁰⁶ O Regulamento não contém uma disposição correspondente ao Art. 22 (2), 2ª alternativa, ErbRVO, para a modificação implícita da escolha da lei, cf. *Leitzen*, ZEV 2013, p. 128, 129.

¹⁰⁷ Ver III.3 acima

¹⁰⁸ Cf. *Dörner*, ZEV 2012, p. 505, 511.

¹⁰⁹ Além disso, os outros direitos invocados pelo Art. 1º (1) HTestFÜ ou Art. 27 (1) ErbRVO – com exceção do direito de localização de acordo com o Art. 1º (1) (e) HTestFÜ ou Art. 27 (1) (e) ErbRVO –, são aplicáveis alternativamente tanto ao momento da eleição quanto ao momento da revogação.

VII. Questões intertemporais

1. Disposições transitórias do Regulamento

Nos termos do art. 83 (1) do ErbRVO, o Regulamento aplica-se, em princípio, às sucessões a partir de 17 de agosto de 2015. Se tiver sido feita uma escolha de lei antes desta data, esta entra em vigor nos termos do art. 83 (2) do ErbRVO. Se, alternativamente, forem cumpridos os requisitos substantivos e formais¹¹⁰ do Regulamento para uma escolha de lei ou os requisitos impostos pelo conflito de leis¹¹¹ da residência habitual ou o conflito de leis de uma das nacionalidades¹¹² do testador no momento da escolha, é suficiente. Essas conexões alternativas garantem ampla proteção da existência e da confiança da empresa. Por exemplo, a escolha de um estrangeiro feita de acordo com o Art. 25 (2) EGBGB permanece efetiva se ele(a) residia habitualmente na Alemanha no momento da escolha da lei.¹¹³ Isso também se aplica às escolhas de lei feita antes da entrada em vigor do Regulamento, em 16 de agosto de 2012.^{114,115} Considerar ineficazes tais escolhas de lei se o testador falecer após o início da aplicação do Regulamento estaria em contradição com o conceito de proteção de interesses legítimos e expectativas legítimas, no qual o art. 83 (2) do ErbRVO se baseia.¹¹⁶

¹¹⁰ Dörner, ZEV 2012, p. 505, 506, Nota 8.

¹¹¹ Ou se uma das regras de conflito de leis invocar disposições substantivas para a escolha da lei, cf. Dörner, ZEV 2012, p. 505, 506, na Nota 9.

¹¹² Se o testador possuía múltipla nacionalidade no momento da escolha da lei, a validade ao abrigo da lei de uma das nacionalidades já é suficiente. Isso é melhor expresso em outras versões do Art. 83 (2) ErbRVO do que em alemão (inglês: "qualquer um dos Estados"; espanhol: "cualquiera de los Estados").

¹¹³ Dutta, FamRZ 2013, p. 3, 15.

¹¹⁴ O início da aplicação de acordo com o Art. 83 ErbRVO deve ser distinguido da entrada em vigor. Nos termos do Art. 84 S. 1, o regulamento entrou em vigor no 20º dia após a sua publicação no Diário da República. Para mais pormenores sobre a distinção, ver Kohler/Pintens, FamRZ 2012, p. 1425, 1429.

¹¹⁵ Odersky, notar 2013, p. 3, 5; Simon/Buschbaum, NJW 2012, p. 2393, 2398; assim como Kohler/Pintens, FamRZ 2012, p. 1425, 1429; Janzen, DNotZ 2012, p. 484, 489. Leitzen, ZEV 2013, p. 128, 130 e seguinte, considera a questão aberta, uma vez que não está regulamentada; a favor de uma limitação do prazo após a entrada em vigor Brüggemann, ErbBstg 2013, p. 51, 52.

¹¹⁶ O argumento de que os requisitos do Art. 22 ErbRVO não poderiam ser satisfeitos numa altura em que a disposição ainda não existia (cf. Leitzen, ZEV 2013, p. 128, 131), não é conflitante com a minha opinião. É função de toda "regulamentação de caso antigo" intertemporal regular a apreciação jurídica dos fatos, quando as novas disposições ainda não eram conhecidas quando da sua existência.

Uma escolha fictícia de lei¹¹⁷ prevê o art. 83(4) do ErbRVO. Se o testador estabelecer uma disposição por morte “de acordo com a lei” que ele poderia ter escolhido antes de 17 de agosto de 2015,¹¹⁸ esta lei é considerada aplicável à sucessão legal por morte. Em quais circunstâncias uma disposição de bens sobre a morte foi feita “sob” uma lei eletiva não é explicada no Regulamento.¹¹⁹ De outras versões linguísticas, pode-se inferir que a disposição sobre a morte deve ter sido redigida “de acordo com”¹²⁰ um direito opcional; ou seja, deve ser eficaz à luz da lei da nacionalidade. Por outro lado, não é necessária uma consciência especial da escolha da lei relativa a toda a sucessão por morte.¹²¹ Isso decorre da ficção da escolha da lei e garante ao art. 83 (2), 1ª alteração, uma área de aplicação que vai além do ErbRVO.¹²²

2. Alterações no direito material aplicável

As alterações na lei material escolhida também devem ser levadas em conta de acordo com suas disposições intertemporais, ainda que a lei da nacionalidade tenha sido escolhida no momento da escolha da lei. Essa escolha fixa o elo, nomeadamente a nacionalidade do testador, no momento da eleição. A “petrificação” da lei material escolhida até o momento da eleição, no entanto, não ocorre.

VIII. Conclusão

A escolha da lei a favor da lei da nacionalidade, como contraponto ao vínculo direto com a residência habitual, é claramente delineada em termos de sua estrutura básica. Nos detalhes, entretanto, há uma série de questões

¹¹⁷ Dörner, ZEV 2012, p. 505, 506; Dutta, FamRZ 2013, p. 3, 15; Lehmann, DStR 2012, p. 2085, 2088. No texto do regulamento, a ficção é expressa na frase “é considerada” como escolhida.

¹¹⁸ O singular do texto normativo não leva em consideração que aqueles que possuem mais de uma nacionalidade podem escolher entre os direitos dos estados aos quais pertencem. Se o testador possuir mais de uma nacionalidade, o Art. 83 (4) se aplica se ele tiver feito uma disposição por morte de acordo com a lei de um dos estados a que pertence.

¹¹⁹ Lehmann, DStR 2012, p. 2085, 2088.

¹²⁰ Inglês: “in accordance with”; Francês: “conformément à”; Italiano: “in conformità alla”; Holandês: “in overeenstemming met”; Espanhol: “con arreglo a”; ligeiramente diferente da versão portuguesa: “nos termos da”.

¹²¹ Lehmann, DStR 2012, p. 2085, 2088.

¹²² Se a intenção do testador pode ser inferida a partir de uma disposição testamentária, isto constitui uma escolha implícita da lei nos termos do Art. 22 (2), 2ª Alteração, ErbRVO, o que já é regularmente possível ao abrigo do Art. 83 (2), 1ª alteração, ErbRVO em conjunto com o Art. 22 (2), 2ª alteração, ErbRVO.

importantes de dúvida e incertezas. O esclarecimento juridicamente seguro é esperado apenas a partir de 17 de agosto de 2015. Além disso, a adequação coerente da escolha da lei ao abrigo do direito das sucessões a uma doutrina geral de escolha da lei no direito privado internacional europeu continua a ser uma tarefa para a ciência prática.

Direito de locação comercial: redução de aluguel na crise do Coronavírus*

Marc-Philippe Weller e Chris Thomale**

Tradução de Maria Eduarda Gomes Lins Pastl e Roxanne Albanus***

Sumário: I. Introdução e apresentação do problema. II. Efeitos da pandemia de Covid-19 na obrigação do locatário comercial de pagar o aluguel. 1. Posição. 2. O curso da investigação. III. Prevalência das normas de garantia de locação (dt. *Mietgewährleistungsrecht*). 1. Prevalência frente à impossibilidade (§§ 326 e 275 do BGB). 2. Prevalência sobre a quebra da base negocial (dt. *Wegfall der Geschäftsgrundlage*) (§ 313 do BGB). 3. Ausência de afastamento (dt. *Keine Verdrängung*) pela Lei de Covid-19 de 27.3.2020. IV. Vício na coisa locada (§ 536 do BGB). 1. Definição subjetiva de vício do § 536, inc. 1, frase 1 do BGB. 2. Relações ambientais como vício. 3. Esferas de risco. a) Locatário suporta o risco de uso (dt. *Verwendungsrisiko*). b) O locador suporta o risco de usabilidade (dt. *Verwendbarkeitsrisiko*). 4. Resultado intermediário (dt. *Zwischenergebnis*). 5. Confirmação do direito comparado: Áustria. V. Consequência jurídica: redução na obrigação de pagar o aluguel. 1. Redução do aluguel *ipso iure*, conforme o § 536, inc. 1, frase 2 do BGB. 2. Ponto de referência da redução: aluguel bruto (dt. *Bruttomiete*). 3. Montante da redução. a) Pandemia como risco geral da vida (dt. *allgemeines Lebensrisiko*). b) Repartição *per capita* dos riscos de vida e dos riscos fortuitos. VI. Resumo em forma de tese.

* Artigo originariamente publicado com o título “*Gewerbemietrecht – Mietminderung in der Corona-Krise*”, in: *Betriebsberater* (BB), 18, 2020, p. 961-966. O trabalho é baseado em questão de profissionais em conexão com o pedido de *Schutzschirmverfahren* (procedimento do direito de insolvência alemão), conforme o § 270b InsO.

** Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Licencié em Direito (Montpellier), é Diretor do Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht da Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha. Prof. Dr. Chris Thomale, LL.M. (Yale), é titular da Cátedra de Direito Internacional Empresarial e Econômico (Internationales Unternehmens- und Wirtschaftsrecht) da Universität Wien, Áustria.

*** Maria Eduarda Gomes Lins Pastl é graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Roxanne Albanus é bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2020).

Ambas as tradutoras são membros do Núcleo de Pesquisas de Direito Comparado e Internacional da UFRGS, sob orientação da Prof^a Dr^a Ms. Lisiane Feiten Wingert Ody.

Milhares de empresas varejistas estão fechadas por determinação do poder público (dt. *hoheitliche Verfügung*) como resultado da crise do Coronavírus; não obstante, os aluguéis comerciais seguem constituindo grandes custos. A nova Lei da Covid-19 (dt. *COVID-19-Gesetz*) deve atenuar este ponto, visto que desde 1º.04.2020 é vedado aos locadores rescindir o contrato de aluguel quando o inadimplemento, ocorrido entre 1º.04.2020 e 30.06.2020, for decorrente de efeitos da pandemia de Covid-19. No entanto, a obrigação de pagar o aluguel e o vencimento dele permanecem intocados pela Lei da Covid-19. Neste contexto, será analisado a seguir se, e até que ponto, a obrigação contratual de pagamento do aluguel mensal de locatários comerciais é reduzida em razão dos dispositivos de lei, quando os imóveis comerciais alugados não podem ser utilizados em virtude das disposições de fechamento de atividades comerciais.

I. Introdução e apresentação do problema

A pandemia de Covid-19 conduziu a consideráveis distorções na execução contratual.¹ No âmbito da locação comercial, um problema especialmente virulento se apresenta: atualmente algumas lojas não podem abrir ao público. Como pano de fundo das disposições de fechamento estão os decretos legislativos de cada governo e as disposições gerais das autoridades de saúde, conforme o § 28 da Lei de Proteção contra Infecções (dt. *Infektionsschutzgesetz*, abrev. *IfSG*). Para muitas empresas de venda, isso acarreta o fim do varejo, enquanto os aluguéis crescem como despesas consideráveis.

O legislador suspendeu, com o art. 5º da Lei de Redução dos Efeitos da Pandemia de Covid-19 de Direito Processual Civil, Falimentar e Penal de 27/03/2020 (doravante denominada “Lei da Covid-19”)² no art. 240 da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (dt. *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, abrev. *EGBGB*), § 2º, o direito do locador de rescisão excepcional até 30/06/2020, nos casos em que o locatário não paga o aluguel em vista do vencimento, no período compreendido entre 01/04/2020 e 30/06/2020, e quando o inadimplemento decorrer dos impactos da pandemia de Covid-19. A Lei da Covid-19, todavia, deixa a obrigação de pagamento do aluguel e o vencimento do aluguel intactos.

¹ Visão geral e sugestões de resposta em *Weller/LieberLieberknecht/Habrigh*, NJW 2020, p. 1017 e seguintes.

² BGBl. 2020 I nº 14, 569 e seguintes.

II. Efeitos da pandemia de Covid-19 na obrigação do locatário comercial de pagar o aluguel

1. Posição

Em princípio, o locador de um imóvel comercial (dt. *Vermieter einer Gewerbeimmobilie*) tem a pretensão contra o locatário (dt. *Gewerbaumm Mieter*) de obter o pagamento do aluguel acordado, conforme o § 535, inc. 2 do Código Civil alemão (dt. *Bürgerliches Gesetzbuch*, abrev. BGB). Entretanto, a obrigação de pagar o aluguel (dt. *Mietzinszahlungspflicht*) pode ter (parcialmente) deixado de existir. Naturalmente, ainda não existe jurisprudência específica relacionada à pandemia de Coronavírus acerca dessa questão. Entretanto, várias abordagens já estão sendo discutidas na literatura, as quais consistem numa redução, ou mesmo numa completa eliminação da obrigação de pagar o aluguel. Os pontos discutidos são:

1. Uma dispensa da obrigação de pagar aluguel nos termos do § 326, inc. 1 BGB, devido à impossibilidade legal^{NT} (dt. *rechtliche Unmöglichkeit*) de usar o imóvel (§ 275, inc.1 BGB),³
2. Um direito de reduzir o valor do aluguel sob § 313 BGB, devido à quebra da base negocial (dt. *Wegfall der Geschäftsgrundlage*),⁴

^{NT} Para a compreensão do texto, importa a menção de que a “impossibilidade” (dt. “*Unmöglichkeit*”) prevista no §275 do BGB se refere a uma perturbação na relação contratual que impossibilita o cumprimento da prestação. Tratando-se de impossibilidades “genuínas” (dt. *Echte Unmöglichkeit*), §275, inc. 1 do BGB, o devedor fica dispensado do cumprimento da obrigação: são os casos em que a execução é absolutamente, e permanentemente -não temporária – impossível, quando o devedor não pode cumpri-la, nem mesmo se quiser. A impossibilidade legal, dt. “*rechtliche Unmöglichkeit*”, citada aqui, consiste na impossibilidade ocasionada por motivos legais, como por exemplo, a impossibilidade de vender um bem ao seu proprietário. Conforme *Stemler*, Mitarbeiter Patrick. Übersicht zur Unmöglichkeit nach § 275 BGB. Disponível em: https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/ZIV001/Stemler/UEbersicht_zur_Unmoeglichkeit_nach_275_BGB.pdf. Acesso em 29 nov. 2021.

³ Afirmando a impossibilidade, *Schall*, JZ 2020, 388, 389; *Zillich*, Corona-Krise und Gewerbemietrecht de 27.3.2020, disponível em <www.anwalt-kreuzberg.de/aktuelle-recht-sprechung/> (acesso em 14.4.2020); *Drygalla*, Corona und ausbleibende Gewerbemieten, Legal Tribune Online de 7.4.2020, por um lado fala da “impossibilidade do uso nos termos do contrato”, por outro lado, afirma, ao mesmo tempo, uma redução em virtude de um vício na locação, conforme o § 536 BGB. No entanto, ao final, ele nega tanto a impossibilidade quanto à redução à luz da Lei da COVID-19, que, na sua visão, é agora mais específica.

⁴ Afirmando, *Heider/Heller*, Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Mietzahlungspflicht in Gewerbemietverträgen, 23.3.2020, p. 4, disponível em: www.goerg.de/sites/de/fault/files/2020-03/200323_G%C3%96RG_Legal_Update_Auswirkungen%20Corona%20Mietzahlungspflicht.pdf (acesso em: 17.4.2020); rejeitando, *Lützenkirchen*, MietRB 2020, 111, 112.

3. Uma redução (dt. *Minderung*) de acordo com o § 536, inc.1 BGB.⁵

2. O curso da investigação

A seguir, será demonstrado que as normas de garantia de locação^{NT} (dt. *Mietgewährleistungsrecht*), como *lex specialis*, têm prevalência sobre os institutos obrigacionais gerais da impossibilidade (dt. *Unmöglichkeit*) e da quebra da base negocial (dt. *Wegfall der Geschäftsgrundlage*) (item III.). Os fechamentos dos estabelecimentos determinados pelo poder público devem ser qualificados como um vício na locação (dt. *Mietmangel*), porque prejudicam o uso pretendido do imóvel locado, normalmente estabelecido no contrato de locação comercial (item IV). Como consequência jurídica, o aluguel é reduzido *ipso iure* de acordo com o § 536, inc. 1, frase 2 do BGB. Os autores afirmam que uma redução de 50% é adequada (item V.)

III. Prevalência das normas de garantia de locação (dt. *Mietgewährleistungsrecht*)

1. Prevalência frente à impossibilidade (§§ 326 e 275 do BGB)

As ordens de fechamento estipuladas pelo poder público poderiam resultar na impossibilidade legal objetiva^{NT} de utilizar o espaço locado, conforme o § 275, inc. 1 do BGB, e, assim, a obrigação de pagar aluguel, prevista no § 535, inc. 2 do BGB, poderia ter deixado de existir por meio do

⁵ *Drygalla*, Corona und ausbleibende Gewerbemieten, Legal Tribune Online de 7.4.2020, afirma um “vício ambiental ou (mais corretamente) no ambiente” (dt. „Umwelt- oder (treffender) Umfeldmangel”) e chega a um resultado provisório de uma redução de 100%, com base no § 536 BGB. No entanto, ele considera a redução vedada à luz da Lei da COVID-19, que, na sua visão, é mais específica. Rejeitando um vício na locação, *Lützenkirchen*, MietRB 2020, 111, 112.

^{NT} Interessante mencionar que as “normas de garantia” (dt. *Gewährleistungsrecht*) se referem às normas legais destinadas a garantir que a prestação seja cumprida isenta de vícios, como a “redução”, prevista no § 536 do BGB, objeto do presente texto. Tais normas diferem, então, da “garantia” voluntária, aquela ofertada por um fabricante, por exemplo. As normas de garantia estão presentes especificamente (com regras próprias) nos âmbitos do direito de compra-e-venda, de locação e de trabalho e serviços – realizando um regime de responsabilidade complementar ao direito geral de perturbação da prestação (*allgemeine Leistungsstörungenrecht*). JURA FORUM, Gewährleistung nach BGB – Gesetzliche Definition, Erklärung & Rechte des Käufers. Disponível em: <https://www.juraforum.de/lexikon/gewaehrleistung>. Acesso em: 01.12.2021.

^{NT} No âmbito da impossibilidade genuína (veja nota 3) está a impossibilidade objetiva (dt. *Objektive Unmöglichkeit*), que se refere à prestação impossível de ser cumprida por qualquer pessoa (ninguém é capaz de realizá-la, exemplo, quando a coisa é destruída), conforme *Stemler* (*supra*, nota 3).

sinalagma condicional do § 326, inc. 1, frase 1, primeiro período do BGB.⁶ Isso pressupõe a aplicabilidade factual dos §§ 275 e 326 do BGB. No entanto, estes são substituídos pelo §§ 536 e seguintes do BGB como *leges speciales*. As exceções são discutidas apenas para vícios iniciais (dt. *anfängliche Mängel*) antes da conclusão do contrato de locação e para a destruição da coisa locada (dt. *Zerstörung der Mietsache*).⁷ Assim, a questão sobre a existência e o escopo de uma obrigação contínua de pagar aluguel, apesar das ordens de fechamento, deve ser avaliada principalmente de acordo com o §§ 536 e seguintes do BGB.

2. Prevalência sobre a quebra da base negocial (dt. Wegfall der Geschäftsgrundlage) (§ 313 do BGB)

A utilidade factual do objeto locado é a expectativa comum impensável das partes do contrato de locação, e é também abrangida pela vontade negocial mútua (dt. *wechselseitiger Geschäftswille*). Conforme o § 313, inc. 1 do BGB, a pandemia de Covid-19 é considerada como um grupo de casos de quebra da base negocial.⁸ No direito de locação comercial (dt. *Gewerbemietrecht*), afirma-se, em parte, um direito de redução da obrigação de pagar aluguel com base no § 313, inc. 1 do BGB.⁹ Considera-se uma redução de até 50% sendo benéfica aos interesses das partes.¹⁰

Mais uma vez, porém, o § 313, inc. 1 do BGB teria de ser factualmente aplicável.¹¹

O ponto de partida é o caráter especial das situações abrangidas pelo § 536 do BGB:¹² sua combinação de (1) uma limitação a vícios que anulem a adequação da coisa locada ao uso estabelecido contratualmente (2) um baixo

⁶ Nesse sentido, *Schall*, JZ 2020, 388, 389, 396; *Zillich*, Corona-Krise und Gewerbemietrecht de 27.3.2020 (nota 4).

⁷ Por todos, *Bieder*, em: MünchKomm BGB, 8ª ed. 2020, § 536, ponto 9; *Häublein*, em: MünchKomm BGB, 8ª ed. 2020, antes do §536, ponto 8; § 536 pontos. 23, 25; *Emmerich*, em: Staudinger, BGB, 2018, antes do § 536, ponto 5, § 536 pontos 46, 59.

⁸ *Weller/Lieberknecht/Habrigh*, NJW 2020, 1017, 1121 s.; diferenciando *jurisPK-BGB*, 9ª ed., 2020, *Pfeiffer*, § 313, ponto 13.4 s.

⁹ *Heider/Heller*, Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Mietzahlungspflicht in Gewerbemietverträgen, 23.3.2020, p. 4 (nota 5).

¹⁰ *Heider/Heller*, Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Mietzahlungspflicht in Gewerbemietverträgen, 23.3.2020, p. 4 (nota 5).

¹¹ *Schall*, JZ 2020, 388, 390, Nega um vício na locação e, em vez disso, afirma uma solução combinada dos §§ 275, 326, 313 BGB.

¹² *Bieder*, em: BeckOGK, BGB, status: 1.1.2020, § 536, ponto 26.

limiar de entrada, segundo o § 536 inc. 1, frase 3 do BGB e (3) uma auto execução *ipso iure* lhe confere uma arquitetura de efeito tão específica que não pode ser frequentemente comprometida pelo muito mais vago § 313 do BGB, o qual se baseia, em sua essência, no mandamento universal da boa-fé (dt. *Treu und Glauben*). Especialmente, o § 313 do BGB, devido a sua posição sistemática no direito das obrigações e, portanto, também, em princípio, como norma aplicável ao contrato de locação, mantém um âmbito de aplicação para acontecimentos externos, como eventos políticos mundiais ou monetários, sem referência à adequação contratual do objeto locado.¹³ Assim, as presentes ordens de fechamento pelo poder público, que impossibilitam o uso comercial do imóvel locado, ou seja, o uso com fins lucrativos, não devem ser avaliadas de acordo com o § 313 do BGB, mas sim, com o § 536 do BGB.

3. Ausência de afastamento (dt. Keine Verdrängung) pela Lei de Covid-19 de 27.3.2020

Os regulamentos gerais de contrato de locação, incluindo o § 536 do BGB, podem ser afastados por legislação especial em decorrência do Covid-19 e das medidas a ele vinculadas.¹⁴

Isso exigiria que a Lei de da Covid-19 atendesse sobretudo às disposições gerais de contrato de locação que pudessem entrar em um conflito factual de aplicação com os §§ 536 e seguintes do BGB. Todavia, isso não é evidente: a única disposição da Lei da Covid-19 que possui relação imediata com contrato de aluguel é o art. 240 do EGBGB §2. Tal disposição trata, contudo, apenas da “Restrição à rescisão de contratos de locação e arrendamento^{NT} (dt. *Miet- und Pachtverhältnis*)”. Precisamente o art. 240 § 2, inc.1 do EGBGB, conforme particularmente esclarecido na frase 3, trata apenas da rescisão extraordinária (dt. *außerordentliche Kündigung*) por não pagamento do aluguel nos termos em que dispõem os §§ 543, inc. 1, inc. 2, frase 1, n.º 3, e 282 do BGB. Essa microrregulação deixa, contudo, intacta a obrigação do locador em relação

¹³ Bieder, em: BeckOGK, BGB, *status*: 1.1.2020, § 536, ponto 27, com outras referências.

¹⁴ Comparação jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, Pfeiffer, § 313, ponto 131 e seguintes no âmbito de aplicação da Lei da COVID-19 em relação ao § 313 do BGB.

^{NT} O termo “*Pachtverhältnis*”, aqui traduzido como “arrendamento” se refere a uma espécie de locação. Ela se distingue do “*Mietverhältnis*”, “locação”, essencialmente pela possibilidade de o locatário, para além de ter direito ao uso, poder gozar dos frutos da coisa. No âmbito empresarial, através do *Pachtverhältnis*, pode-se transferir o uso do “negócio”, a saber: seus ativos fixos, como suas instalações, know-how, nome, catálogo de clientes etc., e não apenas o uso das instalações. Conforme: ANWALT.ORG, Der Pachtvertrag im BGB, 2021, disponível em: <https://www.anwalt.org/pachtvertrag/#hier>, acesso em 01 dez. 2021.

às normas de garantia de vícios na locação (dt. *Mietmangelgewährleistungsrecht*), visto que trata apenas de quebras contratuais por parte do locatário.

Além disso, o art. 240 do EGBGB §2i da Lei da Covid-19 (deve) tomar uma direção geral de proteção ao locador, de modo que seria absurdo referir-se a eles para ver outras regras de proteção ao locatário, como o § 536 do BGB,¹⁵ substituídas. Não há, portanto, nenhum efeito de afastamento da Lei da Covid-19.

IV. Vício na coisa locada (§ 536 do BGB)

1. Definição subjetiva de vício do § 536, inc. 1, frase 1 do BGB

O § 536 do BGB se refere a um vício na coisa locada (dt. *Mangel der Mietsache*) que a torna imprópria para o uso conforme acordado. Desta forma, o legislador, em ampliação às mudanças feitas no contexto da modernização do direito das obrigações, entre outras, no direito de compra e venda (dt. *Kaufrecht*), buscou vincular-se propositalmente a esse conceito subjetivo de vício.¹⁶ O ponto de partida para qualquer consideração sobre vícios é, portanto, a adequação ao objetivo contratualmente determinado. Caso não haja um acordo expresse, isto pode, seguindo o raciocínio jurídico do § 434 inc. 1, frase 1, n.º 1 do BGB, resultar também de um uso não expressamente acordado, mas pressuposto de acordo com o contrato. Na ausência de um estudo detalhado sobre os contratos de locação (dt. *Mietverträge*) aplicáveis aos casos atuais, estes só podem ser apreciados de forma resumida. Afinal, normalmente, o uso comercial das instalações locadas, como os locais de venda a varejo, não deveria ser seriamente questionado. Evidentemente, o estado atual causado pelos fechamentos decorrentes do poder público se afasta do estado pretendido previsto contratualmente. A única questão é se se trata também de um estado pretendido para o imóvel locado.

2. Relações ambientais como vício

Uma vez que o vício em uma coisa locada está ligado ao seu uso subjetivo, ele não se limita às propriedades físicas do item alugado, podendo também decorrer de sua relação ambiental. O § 536, inc. 3 do BGB sublinha isso em uma

¹⁵ Em relação a essa tendência geral de proteção do § 536 do BGB s. Emmerich, Staudinger, BGB, 2018, § 536, ponto 4.

¹⁶ BT-Drs. 14/4553, 40, re. Sp.; BT-Drs. 14/7052, 203, re. Sp. Resumido *Emmerich*, em: Staudinger, BGB, 2018, § 536, ponto 1.

interpretação sistemática, classificando como vício a perturbação do locatário por meros direitos de terceiro (dt. *die Störung des Mieters durch blosse Rechte Dritter*), o que obviamente não afeta substancialmente a coisa locada. Em princípio, isso também inclui obstáculos de acesso (dt. *Zugangshindernisse*), bem como proibições de direito público e restrições de uso do imóvel locado.¹⁷

No caso, há uma combinação de relação ambiental com proibições de direito público: as regulamentações de fechamento funcionam como um feitiço invisível, um obstáculo normativo de acesso, que impossibilita o uso de varejo previsto contratualmente. Se tal obstáculo ao uso pode ser qualificado de forma factual como um vício subjetivo, no sentido de uma relação ambiental real (dt. *Ist-Umweltbeziehung*) que se desvia negativamente da condição pretendida (dt. *Sollbeschaffenheit*), então surge a questão de se isso também é justificado do ponto de vista da avaliação.¹⁸

3. Esferas de risco

Do ponto de vista teleológico, o conceito de vício no direito de locação se baseia na função de redução para corrigir as quebras de equivalência das prestações (dt. *Äquivalenzstörungen*) no contrato de locação.¹⁹ Tais quebras ocorrem no ponto de partida de todas as alterações que, se existissem desde o começo, teriam levado a uma disposição de aluguel distinta, ou teriam impedido a conclusão do contrato por completo.

No entanto, o fato de que o contrato de locação em si já envolve uma certa transferência de risco do locador para o locatário deve ser levado em consideração de forma restritiva. Por isso, o § 536 inc. 1, frase 3 do BGB concede a redução apenas no caso de vícios graves (dt. *erhebliche Mängel*),

¹⁷ Bieder, BeckOGK, BGB, status: 1.1.2020, § 536, ponto 48 e seguintes, 62 e seguintes, com outras referências.

¹⁸ Häublein, MünchKommBGB, 8 Aufl. 2020, § 536, ponto 25: "Trata-se de divisão adequada de risco, que, para a solução de casos controversos relativos a obstáculo de acesso, não pode começar de forma convincente com a proximidade espacial. O que deve ser levado em conta é se o locatário estava na legítima expectativa, da qual o locador estava ciente, de que *uma certa situação de acesso* seria criada ou mantida (Itálico do autor).

¹⁹ BGH, 6.4.2005 – XII ZR 225/03, NJW 2005, 1713, 1714: "A redução é uma expressão do *princípio de equivalência* (dt. *Äquivalenzprinzip*) que caracteriza o direito das obrigações". Acertadamente, o Tribunal de Recurso (dt. *Berufungsgericht*, abrev. *BerGer*) ressalta que a redução do aluguel restabelece a relação de equivalência estipulada pelas partes contratantes, entre a prestação do locador de fornecer um *objeto de locação utilizável* no sentido do contrato e a prestação do locatário em pagar o aluguel em caso de uma perturbação (*Störung*) do locador. Para *uma prestação do locador reduzida*, o locatário também deve pagar apenas uma *quantia reduzida*. A prestação do locador consiste em conceder o uso do objeto locado conforme o estabelecido. Isso inclui tudo o que é necessário para garantir o uso de acordo com o contratado" (ênfase do autor).

excluindo, assim, especialmente, os vícios que podem ser sanados facilmente, ou que apenas perturbam o senso estético do locatário, a fim de evitar um litígio desleal (dt. *treuwidrig*) quase-abusivo (dt. *quasi-schikanös*) por insignificâncias.²⁰ No presente caso, porém, não se tratam de insignificâncias, mas da perda total do uso comercial das instalações de venda locadas.

a) *Locatário suporta o risco de uso (dt. Verwendungsrisiko)*

Além disso, contudo, é reconhecido que o locatário, em particular no caso de locação comercial, é onerado com o risco de uso em relação ao imóvel alugado.²¹ Isso significa “o risco de poder lucrar com o imóvel locado. Se a expectativa de lucro do locatário não for satisfeita, um típico risco do locatário comercial se concretiza. Assim, é responsabilidade do locatário, como empresário, avaliar as chances de sucesso de um negócio no local escolhido. Isso inclui também o risco de uma mudança na estrutura do locatário (dt. *Risiko einer Veränderung der Mieterstruktur*) no âmbito da coisa locada (dt. *im Umfeld des Mietobjekts*)”.²² Aqui fica claro que o risco de uso diz respeito ao tipo e âmbito de uso do imóvel alugado, ou seja, se seu uso específico é lucrativo no sentido de justificar ou não o aluguel.²³ Este risco de uma “quebra da finalidade pretendida” (dt. *Zweckstörung*), ou seja, usar o imóvel alugado para um fim inferior, pertence, como o risco geral de acordar uma taxa de juros não lucrativa em relação ao uso planejado, apenas ao locatário, visto que está enraizado em suas “circunstâncias pessoais ou operacionais”.²⁴ Porque a justificativa econômica interna da locação comercial reside no fato de o locatário, por força do arbítrio empresarial, estar convencido de que pode gerar renda com o imóvel locado acima do aluguel contratado. Esta decisão privada autônoma deve ser mantida.

²⁰ *Bieder*, em: BeckOGK, BGB, *status*: 1.1.2020, § 536, ponto 84 s.

²¹ BGH, 17.3.2010 – XII ZR 108/08, NJW-RR 2010, 1016, ponto 17 e outras referências.

²² BGH, 17.3.2010 – XII ZR 108/08, NJW-RR 2010, 1016, ponto 17.

²³ BGH, 21.9.2005 – XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, 901, ponto 30: “a chance de lucrar com o aluguel do imóvel.” Por outro lado, há delimitação conceitual, circunstâncias relacionadas à coisa vs. circunstâncias operacionais, que *Wiederhold* ressalta em BeckOK, BGB, *status*: 1.2.2020, § 536, ponto 50; Günter, NZM 2016, 569: Do ponto de vista econômico, as circunstâncias relacionadas à coisa também podem ser baseadas na decisão empreendedora do locatário, em casos individuais, e, inversamente, em circunstâncias operacionais, fora da esfera de influência específica do locatário.

²⁴ *Emmerich*, Staudinger, BGB, 2018, § 536, ponto 21; § 536, ponto 44; *Wiederhold*, BeckOK, BGB, Stand: 1.2.2020, § 536, ponto 46.

b) O locador suporta o risco de usabilidade (dt. *Verwendbarkeitsrisiko*)

No entanto, a situação é diferente no caso do risco de usabilidade. Em regra, o locatário não tem influência sobre isso, pois a usabilidade geral, diferente do uso concreto, não depende da sua decisão empresarial, ao contrário, forma a condição básica necessária para que se possa tomar uma decisão empresarial significativa acerca do uso. A usabilidade pode ao mesmo tempo estar fora da esfera de influência do locador, por exemplo, no caso de catástrofes naturais,²⁵ dentre as quais também se inclui a pandemia de Coronavírus.²⁶ No entanto, – no plano factual (para a consequência jurídica, veja em seguida) – isso não é relevante. Isso porque o locador-proprietário (dt. *Vermietereigentümer*) suporta o risco fundamental de usabilidade do seu objeto, do qual deseja obter frutos materiais indiretos (dt. *mittelbare Sachfrüchte*), com base no § 99, inc. 3 do BGB.²⁷ Assim como o proprietário (dt. *Eigentümer*), de acordo com a máxima tradicional do *casum sentit dominus*, suporta o risco da depreciação acidental do bem (dt. *zufällige Sachwertung*),²⁸ um locador-proprietário (dt. *Vermietereigentümer*) deve, em princípio, aceitar que uma coisa locada, a qual não possa ser utilizada para fins de varejo devido a uma ordem administrativa, não traga nenhum receio comercial.

Caso contrário, um elemento de seguro (dt. *Versicherungselement*) teria de ser imputado ao contrato de locação celebrado nesse meio tempo, o que obviamente lhe é estranho: não é responsabilidade do locatário garantir à prova de crise a renda da propriedade do locador. Seu modelo de negócio consiste unicamente em gerar pelo menos esses rendimentos em condições normais.²⁹ A falta de acesso efetivo para o tráfego de clientes de varejo faz

²⁵ Häublein, em: MünchKommBGB, 8ª ed., 2020, § 536, nota 23: “As deficiências do imóvel locado causadas por catástrofes constituem um vício, independentemente de o locador poder/dever tomar precauções contra elas. Isto se aplica, por exemplo, à (...) inundações do século e outras catástrofes naturais que tornam temporária ou permanentemente impossível a utilização da coisa” (ênfase do autor).

²⁶ Der Chefvirologe der Charité, Christian Drosten, fala de um “desastre natural em câmera lenta” Tagesspiegel de 13.3.2020.

²⁷ Se o locador não for o proprietário, como particularmente no caso da sublocação, a mesma análise se aplica: os rendimentos da sublocação também são considerados frutos materiais indiretos, cf. BGH, 12.8.2009 – XII ZR 76/08, NJW-RR 2009, 1522, nota 23, de modo que se justifica reduzir, tanto o aluguel, quanto a sublocação, conforme o § 536 BGB.

²⁸ Finkenauer, em: BeckOGK, BGB, § 313, nota 69, 231, 243 s., com outras referências. Para a decisão com a dedução específica de que os danos acidentais (dt. *Zufallsschaden*) não podem ser transmitidos ao locatário, ver *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 1982, 36, item C 2.

²⁹ Cf. a chamada presunção de rentabilidade (dt. *Rentabilitätsvermutung*), que se aplica não apenas em relação aos pedidos de indenização (dt. *Schadenersatzansprüche*) conforme o direito de locação, mas também o contrário, para o aluguel como despesa. No total, por exemplo, *Gsell*, NZM 2010, 71, 77, com outras referências.

com que essas mesmas condições normais não existam mais. Por essa razão, a jurisprudência sempre classificou a eliminação do tráfego de clientes por circunstâncias externas como um vício no contexto comercial, mesmo que o locador não tivesse influência sobre ele.³⁰ Em uma decisão sobre o antigo direito de locação (mas essencialmente inalterada com relação ao conceito de vício), o Tribunal Federal alemão (dt. *Bundesgerichtshof*, abrev. BGH) declarou:

“Decisivo para responder à pergunta sobre quando e sob quais condições existe um tal prejuízo direto no bem locado é, em primeiro lugar, a finalidade de uso trazida para o conteúdo do contrato.

Se o contrato de locação – como neste caso – diz respeito a uma loja na qual o locatário quer ou deve gerir uma sapataria, então, além adequação das salas em seu projeto estrutural, o acesso livre do público à loja – ou seja, a possibilidade de entrar nela sem incômodo, perigo e com conforto – também pode ser diretamente decisivo para a adequação ao uso. Se esta possibilidade for permanentemente prejudicada pelo planejamento da construção ou por medidas de construção nas imediações da loja, isso pode constituir um vício no sentido do § 537, inc. 1 do BGB.

Por outro lado, algo diferente se aplicará se o público interessado em fazer compras de modo geral não visitar a área onde a loja alugada está localizada na medida esperada – por exemplo, porque o fluxo do tráfego é em grande parte desviado para além da área em que a loja está localizada, ou a população não ‘adota’ esta área como um centro de vendas por outros motivos.”³¹

Aqui entra em cena de forma viva a distinção implícita subjacente entre risco de uso (dt. *Verwendungsrisiko*) e risco de usabilidade (dt. *Verwendbarkeitsrisiko*):

- O risco da avaliação empresarial, se a localização do imóvel alugado será adequada para o uso pretendido, permanece exclusivamente com o locatário.
- Se a coisa locada permanece acessível ao tráfego do público, por outro lado, é uma condição básica tão impensável em uma locação de comércio varejista, que o risco de usabilidade deve ser imposto ao locador, independentemente de culpa.

³⁰ Veja, por exemplo, KG Berlin, 12.11.2007 – 8 U 194/06, NJW-RR 2008, 1042, ponto 6.

³¹ BGH, 1.7.1981 – VIII ZR 192/80, NJW 1981, 2405; BGH, 19.9.1961 – VI ZR 259760, BeckRS 1961, 103665 – Ginseng.

4. Resultado intermediário (dt. Zwischenergebnis)

Os decretos de fechamento de lojas em virtude da pandemia de Covid-19 representam uma barreira normativa de acesso no que diz respeito aos estabelecimentos comerciais alugados. Este obstáculo de acesso impossibilita o uso de varejo (dt. *Einzelhandelsnutzung*) pressuposto em locações comerciais – normalmente de forma explícita, mas, alternativamente, pelo menos de forma implícita.

O fato de as instalações comerciais permanecerem acessíveis ao público é uma condição básica inimaginável de uma locação comercial de varejo, e esse risco de usabilidade – ao contrário do risco de uso, que deve ser diferenciado dele – afeta o locador.

Neste contexto, as proibições oficiais de uso relacionadas à pandemia devem ser qualificadas como um vício na coisa locada (§ 536 do BGB) no sentido de uma relação ambiental real que desvia negativamente a condição pretendida (a saber: usabilidade como um local comercial acessível ao público).

5. Confirmação do direito comparado: Áustria

As conclusões supramencionadas sobre o direito de locação alemão podem ser apoiadas pela seguinte consideração de direito comparado. O direito comparado não é geralmente reconhecido como um método independente (quinto) de interpretação no direito alemão – além do gramatical, sistemático, histórico e teleológico.³² No entanto, a jurisprudência³³ utiliza o direito comparado como um auxílio à interpretação quando se trata da formação de novos institutos jurídicos ou – como aqui – da interpretação de conceitos jurídicos abertos (“vício”) à luz de novos fenômenos da vida ou de fenômenos que até agora não eram relevantes para o direito das coisas alemão (dt. *deutsches Sachrecht*).³⁴ Neste contexto, o direito civil austríaco é de interesse, ele deixa o “risco de epidemia” (somente) com o locador. O

³² Sobre as atribuições do direito comparado contemporâneo, ver as contribuições de *Thomale/Weller*, em: Stroumsa (org.), *Comparative Studies in the Humanities*, 2018, p. 223 ss., 240 ss.

³³ BGH, 19.9.1961 – VI ZR 259760, BeckRS 1961, 103665 – Ginseng; referência ao Código Suíço de Obrigações para formular a dogmática da violação do direito geral de personalidade; BGH, 28.11.1966 – VII ZR 79/65, BGHZ 46, 240; referência ao direito inglês e norte-americano na formulação do pedido de indenização (*Schadensersatzanspruch*) da criança com base na chamada “vida injusta” (“*wrongful life*”).

³⁴ Sobre o direito comparado como fonte de conhecimento para a interpretação do direito alemão *Thomale/Weller*, FS Krieger, 2020 (em breve); sobre a *triade de funções* do direito comparado *Weller*, em: Zimmermann (org.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, 2016, p. 191, 216 ss.

Art. 1104 do Código Civil austríaco (dt. *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, abrev. ABGB) determina:

“Se o bem locado (*die in Bestand genommene Sache*) não puder ser usado ou utilizado em razão de eventos extraordinários (*außerordentliche Zufälle*), como incêndio, guerra ou epidemia, (...) então o locador (*Bestandgeber*) não é obrigado a restaurá-lo, mas também não há nenhum aluguel (*Mietzins*) ou renda (*Pachtzins*) a serem pagos.”^{NT}

Deve-se notar que, de acordo com o direito civil austríaco, o locador é responsável pelo risco de usabilidade – independentemente de culpa (“evento extraordinário”).³⁵ O regime não apenas atribui o risco de usabilidade ao locador – como no direito alemão. Ele também prevê uma consequência jurídica “tudo ou nada”, apesar do caráter fortuito (dt. *Zufallscharakter*) das infecções: de acordo com o direito austríaco, o locatário fica completamente livre da obrigação de pagar o aluguel. É exatamente assim que é visto na literatura atual, especialmente para os fechamentos dos locais dos clientes devido à Covid-19.³⁶

V. Consequência jurídica: redução na obrigação de pagar o aluguel

A seguir, será demonstrado, com base no direito alemão – em contraste com o art. 1104 do ABGB – que uma divisão *pro rata* (pela metade) do risco econômico entre locador e locatário é indicada, sendo que a obrigação de pagamento do aluguel não aumenta em 100% como na Áustria, mas é reduzida em 50%, conforme o § 536, inc. 1, frase 2 do BGB.

^{NT} Aqui, como no texto original, a nomenclatura do direito de locação austríaco, no qual os contratos de locação, *Miet- und Pachtvertrag*, são denominados como “*Bestandvertrag*”. Segundo WKO. Abgrenzung Leihe, Pacht, Miete – allgemeiner Überblick. Disponível em: https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Abgrenzung_Leihe,_Pacht,_Miete_-_allgemeiner_Ueberblick.html, Abgrenzung Leihe, Pacht, Miete. Acesso em 28 nov. 2021.

³⁵ Se o evento estiver dentro da esfera de controle concreta do locador, aplica-se a disposição geral de redução do Art. 1196 ABGB.

³⁶ *Prader/Gottardis*, *immolex* 2020, 106, com outras referências.

1. Redução do aluguel *ipso iure*, conforme o § 536, inc. 1, frase 2 do BGB

Conforme o § 536, inc. 1, frase 1 e 2 do BGB *ipso iure*, a existência de um vício conduz à extinção (dt. *Befreiung*) – parcial ou total – da obrigação de pagamento do aluguel prevista no § 535, inc. 2 do BGB. Em contraste com a redução nos direitos de compra a venda e de prestação de trabalho/serviço (dt. *Kauf- und Werkvertragsrecht*) (§§ 441 e 638 do BGB), que são concebidos como potestativos (dt. *Gestaltungsrechte*) e devem, portanto, ser declarados pelo comprador ou solicitante de forma performativa, a redução do § 536 § 1 BGB ocorre automaticamente (“ver acima, o locatário (...) está isento”).³⁷ É dizer: o locatário deve o aluguel apenas em menor proporção.³⁸ O efeito de objeção (dt. *Einwendungswirkung*) legal da redução independe de se o locador for responsável pelo vício ou se o locador teria feito uso do imóvel, fosse este utilizável.³⁹ Se, por exemplo, em virtude de um pagamento adiantado ou uma ordem permanente de débito não rescindida, o aluguel total ainda é pago, seria restituível, a teor do § 812, inc. 1, frase 1, Alt. 1 do BGB – na ausência de pagamento desleal (dt. *treuwidrig*), apesar de consciente indevido (dt. *bewusster Nichtschuld*) conforme com § 814 Alt. 1 do BGB.⁴⁰

2. Ponto de referência da redução: aluguel bruto (dt. Bruttomiete)

O ponto de referência da redução – aluguel líquido, bruto – ou aluguel de base (dt. *Kaltmiete*) bruto – foi durante muito tempo controverso.⁴¹ No ano de 2005, o Tribunal Federal alemão (BGH) declarou em uma decisão fundamental para as locações comerciais que a taxa de redução deve ser baseada no aluguel bruto; o princípio orientador é:

“A base de cálculo para a redução de acordo com o § 536 do BGB é o aluguel bruto (aluguel incluindo todos os custos acessórios – dt.

³⁷ Häublein, MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 536, ponto 32.

³⁸ Häublein, MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 536, ponto 32.

³⁹ Häublein, MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 536, ponto 32.

⁴⁰ Sobre isso, Thomale, *Leistung als Freiheit*, 2012, p. 191 e seguinte.

⁴¹ Sobre a situação do litígio, Häublein, em: MünchKommBGB, 8ª ed. 2020, § 536, ponto 36.

Nebenkosten). É irrelevante se os custos acessórios são devidos como quantia fixa ou como pagamento antecipado”.⁴²

A redução até o dia do período em que a usabilidade da coisa locada for restringida.⁴³

3. Montante da redução

Conforme o § 536, inc. 1, frase 2 do BGB, a redução conduz a um “aluguel adequadamente reduzido”. Ao contrário do § 441, inc. 3 do BGB, o legislador não especificou o cálculo da redução em termos concretos. No direito de locação comercial, a redução é “apropriada” se corresponder principalmente à gravidade do vício e ao grau e duração do comprometimento da usabilidade, que deve ser avaliada como uma questão factual no caso concreto.⁴⁴

a) Pandemia como risco geral da vida^{NT} (dt. allgemeines Lebensrisiko)

Os fechamentos das lojas ordenados pelas autoridades sanitárias (dt. *Gesundheitsbehörden*), os quais suspendem a usabilidade das instalações comerciais locadas durante o período da sua disposição se baseiam na Lei de Proteção contra Infecções, pois eles se referem a pandemia de Covid-19. Nem a parte do locador, nem a do locatário é responsável por esta pandemia. Pelo contrário, uma pandemia é um risco geral inerente à vida.

⁴² BGH 6.4.2005 – XII ZR 225/03, NJW 2005, 1713 s. (locação comercial): “Os encargos de prestação a serem pagos pelo locatário (aluguel de base – dt. *Grundmiete*- e custos acessórios – dt. *Nebenkosten*) constituem a contraprestação devida pelo locador pela prestação total (dt. *Gesamtleistung*). O locatário não paga cada prestação acessória isoladamente, mas um encargo total. (...) Assim, a contraprestação do locatário também consiste em uma prestação única (dt. *einheitliche Leistung*), independentemente de como os custos acessórios devem ser pagos individualmente conforme a disposição contratual. Segue-se que um vício na prestação principal, ou na acessória, é sempre um vício na prestação total devida, com a consequência de que a contraprestação total devida (aluguel bruto) deve ser reduzida para restaurar a equivalência”.

⁴³ Häublein, em: MünchKommBGB, 8ª ed., 2020, § 536, ponto 35.

⁴⁴ Häublein, MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 536, ponto 34 e seguinte.

^{NT} A expressão “*allgemeines Lebensrisiko*” constitui um conceito jurídico indefinido utilizado para afastar a responsabilidade de danos oriundos de um risco geral da vida (inerente à vida), como por ex. danos às testemunhas de acidente, resultados da sua mera presença, são atribuídos ao risco geral da vida. Conforme: *Jahnke*, Jürgen. § 3 Schadenersatz / a) Allgemeines Lebensrisiko. Disponível em: https://www.haufe.de/recht/deutsches-anwalt-office-premium/3-schadenersatz-a-allgemeines-lebensrisiko_idesk_P117574_HI8390659.html. Acesso em 02. dez. 2021.

Em princípio, cada parte suporta o risco geral da própria vida. A lei só transfere um risco fortuito^{NT} (dt. *Zufallsrisiko*) para a outra parte (sozinha) em casos muito excepcionais: assim, o devedor inadimplente é responsável, de acordo com o § 287, frase 2, primeiro período do BGB, “também pelo acaso”. Além disso, o infrator que tomou uma coisa sem permissão é responsável pela “destruição acidental” (dt. *zufälliger Untergang*) ou pela “impossibilidade acidental” (dt. *zufällige Unmöglichkeit*), § 848, primeiro período do BGB. No entanto, estas duas constelações pressupõem que a parte para a qual o risco fortuito é transferido deve ser responsável (dt. *Vertretenmüssen*) ou culpada (dt. *Verschulden*) (cf. § 286, inc. 4 BGB bem como o elemento constitutivo “ato ilícito” (dt. “*unerlaubte Handlung*”) do § 848 BGB, no qual o elemento de culpa é imanente).

b) Repartição per capita dos riscos de vida e dos riscos fortuitos

Por outro lado, pode-se concluir dos casos codificados (dt. *kodifizierten Fällen*) do “*versari in re illicita*” que a atribuição de responsabilidade por riscos fortuitos (dt. *Zufallshaftung*) em detrimento de apenas uma das partes, *sem* tal elemento subjetivo de negligência, não corresponderia à disposição legal dos §§ 287 e 848 do BGB.

O risco da pandemia é um risco fortuito. Nem o locador nem o locatário são responsáveis por isso, estando ambos “igualmente distantes” ou, dependendo da perspectiva, “igualmente próximos”. Atribuir o risco de pandemia apenas ao locatário não corresponderia, em nossa opinião, às disposições legais (dt. *gesetzlichen Wertungen*).

A natureza de um risco da vida ou fortuito se aplica igualmente a cada lado, de modo que uma redução de 50% nos parece apropriada. Cada lado suportaria o risco pela metade.

Essa distribuição equilibrada de risco não é apenas consistente com a natureza do risco da vida, mas também com outras disposições legais quando se trata da alocação de cotas de responsabilidade: o princípio *per capita* (a chamada alocação *per capita*). Na ausência de regulamentações mais específicas (legais ou contratuais), os §§ 426, inc. 1, 830 e 840 do BGB deixam claro que a responsabilidade deve ser imputada “em proporções iguais” em caso de dúvida.

^{NT} Como sugere o próprio nome, risco fortuito é aquele que foge ao controle do sujeito, dependendo unicamente de fatores do acaso. A responsabilização por riscos fortuitos (dt. *Zufallshaftung*) está prevista em diferentes dispositivos do BGB (tal qual o referido § 287, S. 2) e recai sobre uma das partes apenas em casos excepcionais. Destarte, os Autores defendem a repartição deste risco, ante o caráter fortuito da pandemia do Coronavírus.

Os §§ 659 inc. 2, frase 1 e 742 do BGB demonstram que a divisão per capita é um princípio universal de justiça. Não se trata de responsabilidade (negativa), mas sim da distribuição de vantagens (mais positivas). Em caso de dúvida, a quantia deve ser dividida entre vários, conforme § 659 inc. 2 do BGB (“todos têm direito a uma parte igual da recompensa”), bem como se várias pessoas têm direito a um direito em conjunto, de acordo com o § 742 do BGB (“partes iguais”).

Em nossa opinião, o risco de pandemia como risco da vida e risco fortuito deve ser dividido de acordo com este princípio universal de distribuição, que se aplica “para o bem ou para o mal” (dt. “*Im Guten wie im Schlechten*”). Isso conduz a uma redução do aluguel pela metade.

VI. Resumo em forma de tese

1. O fechamento das lojas ordenado pelo poder público em razão da Coronavírus constitui uma barreira normativa para o acesso em relação às instalações comerciais alugadas. Esta barreira ao acesso impede o uso no varejo – normalmente explícito, mas pelo menos implícito – pressuposto nos contratos de locação comerciais. O fato de um estabelecimento comercial permanecer acessível ao público é uma condição básica tão impensável de uma locação no comércio varejista, que esse risco de usabilidade – ao contrário, do risco de uso, do qual deve ser distinguido – é suportado pelo locador. Neste contexto, as proibições de uso oriundas do poder público em razão do Coronavírus devem ser qualificadas como um vício na coisa locada (§ 536 do BGB) no sentido de uma relação ambiental real que se desvia negativamente da condição pretendida (a saber: usabilidade como um local comercial acessível ao público).

2. Se o local comercial locado não puder ser usado por causa da ordem de fechamento das lojas com base na Lei de Proteção contra Infecções, a obrigação de pagar o aluguel é reduzida *ipso iure* durante o período do fechamento, conforme § 536, inc. 1, frase 2 BGB.

3. O risco de pandemia como um risco da vida e de risco fortuito deve ser dividido conforme o princípio da distribuição universal *per capita*, que também é a base do direito civil, e que se aplica “para o bem ou para o mal”, de acordo com as disposições legais. Isso leva a uma redução do aluguel pela metade.

Direito comparado inteligente e inteligência artificial*

Christoph Kern**

Tradução de Guilherme Hannusch e Micael Leão Michaelsen***

Quem reflete sobre o futuro do direito comparado deve refletir sobre o futuro da ciência jurídica como um todo. E, uma vez que o direito não se restringe a modelos estéreis, mas tem em vista a realidade da vida, pertence à reflexão sobre o futuro da ciência jurídica aquela sobre a prática do Direito. No entanto, profissionais bem diversos dos juristas pensam atualmente na prática jurídica do futuro. Ao contrário dos operadores do direito, os profissionais de outras áreas estão anunciando uma revolução – ou, mais precisamente, uma disrupção. A palavra-chave *disrupção* descreve mudanças radicais para uma indústria; faz lembrar da destruição criativa de *Schumpeter*. Causa de disrupção nas últimas décadas tem sido a internet. A disrupção tem sido experimentada, por exemplo, entre varejo tradicional e estático e o varejo on-line; entre a locação de vídeos e o *streaming*; entre indústria musical e imprensa e a “cultura livre” na internet; entre as indústrias de táxi e hoteleira através das plataformas de “*Sharing Economy*” – mais como uma “*Access Economy*”. Até o momento, a prática jurídica permaneceu preservada de disrupção. Embora existam grandes bancos de dados que tornam as bibliotecas supérfluas e, por conseguinte, facilitam consideravelmente o acesso à informação, esse fato não pôde influenciar a forma de trabalho dos juristas mais que fracamente. Contudo, foi identificada uma causa futura de disrupção que deve alterar a maneira como os juristas trabalham: a inteligência artificial. No futuro, computadores poderosos e autodidatas não só devem fornecer informações, mas também serão capazes de processá-las de forma independente, sendo poucos limites impostos

* Texto publicado originariamente com o título “Inteligente Rechtsvergleichung und künstliche Intelligenz, in Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union – GPR 6/2017, p. 285.

** Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard) é diretor do Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht da Universidade de Heidelberg.

*** Guilherme Hannusch e Micael Leão Michaelsen são graduandos em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da UFRGS, onde são membros do Núcleo de Pesquisa em Direito Comparado e Internacional.

à imaginação: o cliente relata ao computador o seu caso e envia os documentos pertinentes; o computador escuta a história, lê a documentação, filtra disso as questões legais a serem resolvidas e depois busca em seu banco de dados as disposições legais e julgamentos relativos ao tema, formulando, a partir daí, possíveis soluções. Se houver uma boa chance de sucesso, o computador elabora as alegações necessárias, usando o que for vantajoso para o cliente, e as envia com os anexos relevantes ao tribunal; este, por sua vez, pode consistir em um computador, que compara as alegações das partes, delimita o litígio, estabelecendo os fatos controversos e relevantes, ordenando a produção probatória, possivelmente até conduzindo a instrução e avaliando as provas; finalmente, prolata a sentença. Do manejo do caso pelo tribunal e pela instância superior, os computadores integrados aprendem para os casos futuros. Resolução de litígios rápida, econômica e sem erros – essa é a promessa.

Desnecessária qualquer menção especial ao fato de que esse “admirável mundo novo” causa questionamentos éticos e jurídicos fundamentais. Aqui deve interessar somente se uma técnica, que oferece tais possibilidades, também terá efeitos sobre o Direito comparado. De qualquer maneira, as inquietações que se poderiam opor ao uso da inteligência artificial no campo do direito comparado são, em todo o caso, menores relativamente àquelas contrárias a uma resolução de litígios dominada pela inteligência artificial. De fato, o comparatista pode pensar que o computador edita o quadro legal, jurisprudencial e doutrinário sobre uma questão específica de forma mais completa e talvez até mais confiável do que o jurista estrangeiro, pelo estudo do direito alienígena. E há ainda mais? Poderá o computador, futuramente, também valorar a literatura de direito comparado, e até ir para além disso, envolvendo o fundo histórico, cultural, jus-sociológico e religioso, de modo que o sonho do abrangente ambiente completo de comparação finalmente se torne realidade? Corajosas figuras da inteligência artificial prometeriam isso seguramente e anunciariam à disciplina do Comparado uma disrupção, quando não até o seu desaparecimento. Porém, é certo que analisando mais detidamente, isto aparenta ser pouco provável. É que a abundância deverá ser domada. A quantidade de determinadas informações não é, sozinha, critério adequado algum. Questiona-se também como e, sobretudo, de quem o computador deve aprender. A Comparação Jurídica conhecidamente ainda discute sobre seu método. Ela coloca a si própria e seus conhecimentos anteriores novamente em dúvida, sempre. E ela não conhece nenhuma inquestionável autoridade, análoga a um supremo tribunal, senão várias autoridades – muitas vezes fortemente contestadas. Pode-se lamentar essas discussões e variedade de opiniões. São elas o que, porém, asseguram ao Direito Comparado o futuro como ciência. Comparação jurídica inteligente deve preservar essa abertura.

– Parte II –
Estudos de Direito Privado
produzidos por acadêmicos da UFRGS

O decurso do tempo no direito privado: prescrição e decadência

Gabriela Barcellos Scalco*
Viktória Franco Pasqualotto**

Sumário: I. Introdução: fundamentos da prescrição e da decadência. II. Amplitude e alcance da prescrição e da decadência. 1. Distinção pela natureza dos direitos envolvidos. 2. Distinção pela classificação das ações. III. Incidência da prescrição e da decadência. 1. Marcos interruptivos e suspensivos. 2. Prazos e efeitos. IV. Considerações finais.

I. Introdução: fundamentos da prescrição e da decadência

A prescrição e a decadência são os institutos que por excelência nos permitem vislumbrar a dinâmica existente entre o exercício dos direitos e o transcurso do tempo.¹ No quinto tomo do seu *Sistema de Direito Romano Atual*, publicado em 1841, Savigny salientava que o direito romano antigo desconhecia a ideia de prescrição.² Aos efeitos do tempo sobre o direito, não era dada muita atenção.

À medida que as formas de organização social foram se tornando mais complexas, foi-se percebendo que permitir que determinadas posições jurídicas

* Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação da professora Dr^a Ms. Lisiane Feiten Wingert Ody. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2019). Advogada. E-mail: gabrielascalco@gmail.com

** Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação da professora Dr^a Ms. Lisiane Feiten Wingert Ody. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2019). Advogada. E-mail: victoria@marinoni.adv.br

¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 348.

² AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961. p. 103.

subsistissem indefinidamente no tempo poderia criar um estado de incerteza muito grande.³ E assim, a prescrição, por exemplo, no direito romano, passou de inconcebível, para uma exceção, até virar a regra.⁴ Dessa evolução, Savigny retirou que o principal fundamento da prescrição é a necessidade de serem fixadas as relações jurídicas incertas, em um lapso de tempo.⁵

É certo que existem autores que procuram ver na prescrição e na decadência certa função punitiva⁶ – invocando brocardos como “*iura scripta vigilantibus*” (as leis foram escritas para os que não são negligentes) e, talvez, o mais famoso de todos, “*dormientibus non succurrit ius*” (que pode ser entendido como o direito não socorre aos que dormem).⁷ Seja como for, fato é que esses institutos desempenham importante papel no direito, transcendendo os meros interesses individuais em jogo.⁸

De um lado, os direitos e as pretensões são regidos pelo princípio da autonomia da vontade. De outro, há a necessidade de o tráfego jurídico ser estável. Diante da necessidade de conciliá-los, há um vetor individual e outro coletivo: a facultatividade no exercício dos direitos individuais e o sentido coletivo do princípio da segurança jurídica. Não por acaso, Pontes de Miranda observava, em 1954, no tomo V do seu *Tratado de Direito Privado*, que os prazos prescricionais e decadenciais servem à paz social e à segurança jurídica, pontuando que cada civilização em cada momento histórico vai definir qual é a duração tolerada dos direitos e pretensões e que a vida corre célere – mais

³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 354.

⁴ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961. p. 103.

⁵ “El motivo más decisivo y general, igualmente aplicable a la prescripción de las acciones y a la usucapión, consiste en la necesidad de fijar las relaciones inciertas de derecho susceptibles de dudas y de controversia, encerrando dicha incertidumbre en un lapso determinado de tiempo”. SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Tomo IV. 2. ed. Tradução para o espanhol de Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1924, p. 178. Ver também: AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961. p. 103.

⁶ “Se da como tercer motivo de la prescripción de las acciones el castigo de la negligencia, motivo que se indica claramente en las fuentes”. SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Tomo IV. 2. ed. Tradução para o espanhol de Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1924, p. 179.

⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 355.

⁸ *Ibidem*, p. 354.

ainda na era da máquina, dizia ele.⁹ Imagine-se o que ele diria da era da vida... digital. Não é a outra a lição de Agnello em seu clássico ensaio de 1961.

A estabilidade das relações sociais e a segurança jurídica compreendem, assim, o núcleo que fundamenta a prescrição e a decadência.¹⁰ Se olharmos de perto as lições aqui coligidas, fica claro o denominador comum: o princípio da segurança jurídica. Daí porque importa seguir adiante tendo presente desde logo o seu significado.

De acordo com Humberto Ávila, a segurança jurídica pode ser decomposta analiticamente em cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade da ordem jurídica.¹¹ Nesse sentido, o direito deve ser cognoscível para haver segurança de orientação, no sentido de saber o que a ordem jurídica exige diante de uma situação concreta para que a pessoa tenha condições de se autodeterminar. Deve ser estável, haver continuidade, permanência ou durabilidade, sem variações abruptas. Deve ser confiável, capaz de reagir contra surpresas injustas e proteger a firme expectativa.¹² E, por fim, efetivo, enquanto segurança de sua realização. De acordo com Humberto Ávila, a fixação de prazos opera em favor da estabilidade das relações jurídicas e da eliminação de incertezas. O que se prestigia, assim, é o princípio da segurança jurídica.¹³

É interessante, no mais, perceber como esse tema viabiliza um privilegiado mirante para as relações entre o direito e processo, servindo como marco a partir do qual a *actio* passa a ser vista como *pretensão* a partir de Windscheid, em 1856, deixando-se de lado a sua compreensão como instituto processual. É a partir daí que a prescrição deixa igualmente de ser vista como ligada à ação, firmando-se inequivocamente como conceito de direito material. Em outras palavras, o debate sobre o objeto da prescrição – a pretensão – serviu como peça fundamental para a fundação da autonomia da ciência processual, viabilizando uma separação adequada entre esses dois planos. É o que se pretende demonstrar no presente ensaio.

Para fazê-lo, em um primeiro momento, busca-se analisar a amplitude e alcance da prescrição e da decadência a partir de duas perspectivas

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 101.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 354.

¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 268 e ss.

¹² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 26.

¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 370-373.

utilizadas pela doutrina para teorizar sobre os dois institutos: a natureza dos direitos envolvidos e a classificação das ações. São as duas perspectivas que Agnelo Amorim Filho utilizou para distinguir prescrição e decadência, como veremos a seguir.

Na segunda parte, prescrição e decadência são observadas sob um viés mais pragmático: analisando seus marcos interruptivos e suspensivos, prazos e efeitos. Cabe aqui, ainda, referir, que o decurso do tempo no direito privado será analisado aqui no seu viés extintivo. Embora no direito comparado alguns códigos possuam tratamento único diante da prescrição, o nosso Código Civil Brasileiro não o faz, regulando a prescrição aquisitiva na sua parte especial. Assim, a questão da prescrição aquisitiva não será abordada nesse momento.¹⁴

Do mesmo modo, quando se fala em efeitos do tempo sobre as relações jurídicas, é comum pensar-se em prescrição, decadência ou usucapião,¹⁵ comumente, mas não pacificamente chamado de prescrição aquisitiva. No entanto, esses não são os únicos exemplos de efeitos do tempo sobre as relações jurídicas. Outro exemplo seria, por exemplo, a figura da *suppressio*, figura parcelar da função corretora da boa-fé objetiva que preconiza a impossibilidade de exercício de determinados direitos quando seu exercício configurar uma violação das legítimas expectativas da outra parte. Na *suppressio*, no entanto, o tempo é utilizado de forma diferente da original, pois é o tempo necessário para o surgimento da confiança pela inércia do titular dos direitos, o que faz com que não haja prefixação no texto normativo.¹⁶

Neste trabalho, entretanto, optamos por delimitar o estudo às figuras da prescrição extintiva e da decadência, justamente por serem as únicas com os chamados “efeitos extintivos” a depender somente do tempo para ocorrerem. Sendo assim, a análise do trabalho será restrita a esses dois institutos.

¹⁴ Recorda-se aqui, a lição de Pontes de Miranda acerca do tratamento uno da prescrição e usucapião: “O §178 do O §178 do *System*, IV, de F. von Savigny foi decisivo em repeli-lo: trata-se de abstração arbitrária, que os juriconsultos modernos armaram em teoria; o elemento comum, o *tempo*, passara a unificar a prescrição e a usucapião, a ponto de se falar em ‘rei praescriptio’ e em ‘rem praescribere’, conceito e termos estranhos ao direito romano, rompendo-se, assim, com a história e a ciência”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 98.

¹⁵ SIMÃO, José Fernando. Prescrição e Decadência: tempo de esclarecer controvérsias. In: CASSETARI, Christiano. *10 anos de Vigência do Código Civil Brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 224.

¹⁶ NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A suppressio (verwirkung): no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016. p.44.

II. Amplitude e alcance da prescrição e da decadência

Sabida a importância dos institutos da prescrição e da decadência para a segurança jurídica e para manutenção das relações jurídicas, é importante entender também como diferenciá-los. Para tanto, é necessário conhecer sua amplitude e seu alcance.

Assim, neste primeiro capítulo do artigo, analisar-se-á duas formas de distinção entre os dois institutos, uma quanto à natureza dos direitos envolvidos e outra relacionada à classificação das ações do direito processual.

1. *Distinção pela natureza dos direitos envolvidos*

Uma das distinções mais comentadas pela doutrina e que está no cerne dos conceitos de prescrição e decadência é a distinção que se baseia nos tipos de direitos abrangidos por essas figuras, isto é, a clássica divisão entre direitos subjetivos e direitos potestativos. Em seu Tratado de Direito Privado, Pontes de Miranda se refere à prescrição como um exceção que “*alguém tem contra o que não exerceu, durante certos tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação*”.¹⁷

Noutras palavras, a prescrição seria uma exceção de direito material que o devedor pode opor ao credor para que esse não possa exercer sua pretensão contra ele.¹⁸ A decadência, por outro lado, diferencia-se da prescrição por ser a perda ou perecimento de um direito potestativo pela inércia de seu titular pelo período estabelecido em lei.¹⁹

Como se pode ver das definições dos institutos, é primordialmente a natureza dos direitos abrangidos pela prescrição e pela decadência que as diferenciam. Por conta disso, para compreender-se a diferença entre prescrição e decadência, bem como seus efeitos, é essencial dar um passo a trás e compreender a diferença entre os conceitos de direitos subjetivos e direitos potestativos, assim como como o conceito de pretensão se relaciona com

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 219.

¹⁸ Apesar de alguns autores referirem que a prescrição gera a perda da pretensão, como é o caso de AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 622, entende-se que tal visão é equivocada, pois a prescrição é uma exceção que precisa ser exercida para gerar efeitos. Não é nem mesmo a própria prescrição que impede o exercício da pretensão, mas o seu exercício.

¹⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 624.

esses dois tipos de direitos. Foi este o caminho que elegeu Agnelo Amorim Filho,²⁰ adotando a classificação dos direitos desenvolvida por Chiovenda.

Chiovenda, em sua classificação clássica, contrapunha os direitos potestativos aos direitos a uma prestação, os quais teriam como traço definidor atribuir obrigação a uma pessoa de realizar determinada prestação²¹ (direitos subjetivos). Ao direito subjetivo, nomenclatura utilizada atualmente para denominar os direitos a uma prestação delimitados por Chiovenda, contrapõe-se o dever jurídico, que é a situação passiva de necessidade que o devedor exerça certo comportamento.²²

A pretensão está relacionada a esses conceitos, pois surge no momento em que se pode exigir a realização desse comportamento, a realização da prestação.²³ Ou seja, a pretensão é, de fato, um poder de exigir, ou um “direito de exigir”,²⁴ do outro que cumpra com sua obrigação, é a exigibilidade de uma prestação.²⁵ A pretensão se distingue do direito de ação na ótica processual, visto que é o poder de exigir no âmbito do direito material, enquanto a ação processual, como veremos mais a seguir, é um direito autônomo ao direito material que se satisfaz com a prestação jurisdicional.²⁶

O Código de 2002 positivou a noção de pretensão, que antes não existia no Código de 1916, por meio do art. 189, que prevê que: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Contudo, apesar dessa disposição legal, não é somente quando violado o direito que nasce a pretensão, pois podem existir

²⁰ Agnelo Amorim Filho é autor do mais importante ensaio que pretende alcançar uma distinção científica entre prescrição e decadência. Seu critério de distinção foi amplamente adotado e acabou por ser positivado no Código Civil de 2002. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961. p. 98.

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 2. ed. Trad. de J. Guimarães Mene-gale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 11.

²² AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 249.

²³ *Ibidem*, p. 254.

²⁴ Barbosa Moreira conceitua pretensão como um direito de exigir à luz do conceito de *Anspruch* no direito alemão, comentando que o legislador alemão, ao contrário do brasileiro, ofereceu uma definição de pretensão. Ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre Pretensão e Prescrição no Sistema do Novo Código Civil Brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 22, p. 147-158, 2002.

²⁵ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p.95-132, jan./jun. 1961. p.108.

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção Científica entre Prescrição e Decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 836, p. 49-68, jun. 2005. p. 6.

casos em que a pretensão nasce antes mesmo da violação do direito.²⁷ Assim, o dispositivo não pode ser entendido como uma exclusão da possibilidade de pretensões que precedem ou prescindem de uma violação.²⁸

O exemplo utilizado por Agnelo Amorim é o das obrigações subordinadas a prazo nas quais não se convencionou local de pagamento, pois findo o prazo sem que o credor tenha ido receber o pagamento e sem que o devedor tenha se recusado a realizá-lo não se pode dizer que houve lesão ao direito subjetivo, mas surgiu pretensão, pois houve o vencimento da obrigação.²⁹

Os direitos potestativos, diferentemente, seriam aqueles direitos que consistiriam no poder de influir eficazmente sobre a esfera jurídica do outro, aquele que “*nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção*”.³⁰ Noutras palavras, os direitos potestativos “atribuem ao seu titular o poder de intervir eficazmente na esfera jurídica de outrem, pelo exercício de sua declaração unilateral de vontade”.³¹ Dentre os direitos potestativos, destacam-se a espécie dos chamados direitos formativos³² que, por sua vez, se desdobram nos subtipos geradores, modificativos e extintivos,³³ são os direitos que permitem a criação, modificação e extinção de relações jurídicas por meio de ato unilateral de seu titular.³⁴

Assim como ao direito subjetivo corresponde o dever jurídico, ao direito potestativo corresponde o estado de sujeição.³⁵ É assim referido pois a parte

²⁷ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961. p. 108.

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre Pretensão e Prescrição no Sistema do Novo Código Civil Brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 22, p. 147-158, 2002. p. 151.

²⁹ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961. p. 108-109.

³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 2. ed. Trad. de J. Guimarães Mene-gale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 15. Destaque não original.

³¹ HAICAL, Gustavo. Apontamentos sobre o Direito Formativo Extintivo de Denúncia no Contrato de Agência. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 299-300.

³² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 301.

³³ VON TUHR, Andreas. *Parte General del Derecho Civil*. Trad. espanhola de Wenceslao Roces. Granada: Comares, 2006. p. 19.

³⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. Atos Jurídicos de Direito Administrativo Praticados por Particulares e Direitos Formativos. In: COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 137.

³⁵ LOMBARDO, Stefano. Clausola di opzione. In: CONFORTINI, Massimo (Coord.). *Clausole Negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*. Torino: UTET, 2017. p. 544.

contra quem o direito potestativo é exercido nada pode fazer em relação a seus efeitos, eles ocorrem independentemente de sua vontade.³⁶ Isso faz com que ao direito potestativo não decorra a pretensão, pois este não exige um determinado comportamento de alguém nem é suscetível de violação.³⁷ Ou seja, não havendo uma obrigação de prestar, um direito subjetivo, a violação é impensável.³⁸

É por isso que, retornando aos conceitos de prescrição e decadência já delimitados acima, o direito potestativo jamais estará sujeito à prescrição, pois o nascimento da pretensão é fato correlato ao início do prazo prescricional, sendo que, portanto, um direito potestativo, ao qual não corresponde uma pretensão, não poderia dar origem a um prazo prescricional.³⁹ Os direitos subjetivos, por outro lado, conduzirão à prescrição, pois são sujeitos à lesão ou violação, dando origem a pretensões⁴⁰ cujo nascimento dá origem ao prazo prescricional segundo o art. 189 do Código Civil.

Já a decadência, por outro lado, extingue o direito potestativo. Ou seja, a exemplo do que ocorria com o exercício das pretensões, surgiu a necessidade de se estabelecer prazo para o exercício dos direitos potestativos,⁴¹ pois, sem isso, eles poderiam ser exercidos para sempre, o que perturbaria a paz social. O prazo da decadência é, portanto, fixado para o exercício do direito.⁴²

Um exemplo importante de equívoco na realização dessa distinção entre prescrição e decadência está nos prazos fixados pela Lei das Sociedades Anônimas. O prazo para anulação da constituição de uma Companhia, que consta do art. 285, é referido como um prazo prescricional de um ano, assim como o prazo para anulação de deliberações assembleares, constante do artigo seguinte.

Apesar da nomenclatura utilizada, pode-se perceber, pelas definições feitas acima, que há um equívoco, pois o direito de pleitear anulação, seja da constituição, seja da deliberação, é um direito potestativo que deixa a

³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção Científica entre Prescrição e Decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 836, p. 49-68, jun. 2005. p. 2.

³⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 250.

³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre Pretensão e Prescrição no Sistema do Novo Código Civil Brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 22, p. 147-158, 2002. p. 151.

³⁹ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p.95-132, jan./jun. 1961. p. 111.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 111.

⁴¹ *Ibidem*, p. 113.

⁴² *Ibidem*, p. 113.

companhia em um estado de sujeição, e não um direito subjetivo. Ou seja, os prazos referidos são de fato decadenciais, pois determinam a extinção de um direito potestativo. Tanto é assim que no Código Civil de 2002 o prazo para anulação da constituição de uma sociedade já consta como um prazo decadencial no art. 45.

Outro exemplo é a terminologia utilizada pela Convenção de Montreal que, em seu art. 35, refere que o direito a indenização se extinguirá se a ação não for iniciada no prazo de dois anos. O direito a indenização é claro direito subjetivo que, violado, gera uma pretensão indenizatória, a qual deve estar sujeita a um prazo prescricional, não decadencial.

Assim, pode-se concluir que essa diferenciação da prescrição e da decadência com base nos direitos abrangidos pelos dois institutos é essencial à sua compreensão. Isso porque permite uma diferenciação científica e técnica sobre o tema impedindo que haja equívocos tanto por parte do legislador quanto por parte da doutrina e da jurisprudência. Antes dessa delimitação doutrinária feita em grande parte por Agnelo Amorim Filho, a distinção entre os dois institutos era bastante dificultada, permanecendo um problema até hoje para os mais desavisados, sendo que até mesmo o legislador cometeu e comete erros quando da estipulação de um determinado prescricional ou decadencial.

2. *Distinção pela classificação das ações*

O Código Civil de 2002 foi influenciado de modo considerável pelo critério científico proposto por Agnelo Amorim Filho para a distinção entre prescrição e decadência, por isso a relevância de seu estudo.⁴³ O critério proposto por Agnelo baseia-se na classificação das ações,⁴⁴ concepção que dominou o pensamento jurídico por muitos anos e hoje pode-se dizer superada, como será demonstrado adiante. Baseando-se nas lições de Chiovenda, Agnelo Amorim vai afirmar que as ações (aqui, referindo-se ao plano processual) podem ser classificadas em três categorias: (a) Ações condenatórias, que

⁴³ Por todos, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Distinção Científica entre Prescrição e Decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 836/2005, p. 360.

⁴⁴ Contra, entendendo que a classificação de Agnelo não teria como ponto de partida a distinção entre direito e ação, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Distinção Científica entre Prescrição e Decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 836/2005, p. 350. Não concordamos com o autor no ponto. Em seu ensaio, "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis", Agnelo Amorim Filho se vale, em diversas passagens, da teoria da classificação das ações, intrinsecamente ligada à classificação dos direitos, para desenvolver seus três critérios de distinção entre prescrição e decadência. Como será demonstrado adiante, essa concepção é própria da teoria chiovendiana, que é premissa de Agnelo para suas considerações.

seriam o meio de *proteção* dos direitos *suscetíveis de violação* – os chamados direitos a uma prestação;⁴⁵ (b) Ações constitutivas: meio de *exercício* dos direitos *insuscetíveis de violação*, que são os direitos potestativos. Aqui, não se pressupõe a ideia de lesão a um direito, não se exige prestação por parte do réu, apenas formação modificação ou extinção de um estado jurídico;⁴⁶ (c) Ações declaratórias, por meio das quais busca-se certificar a existência, tem por objetivo a certeza jurídica,⁴⁷ ou, nas palavras de Chiovenda, a vontade concreta da lei.⁴⁸ As ações declaratórias nesse sentido, não produziram, nenhum efeito no mundo jurídico, pois apenas buscariam a certeza e nada mais.⁴⁹ Considera-se ainda, que toda condenatória e constitutiva também possuem uma carga declaratória, haja vista que para condenar ou constituir é necessário antes *reconhecer* o direito.⁵⁰

A partir dessa classificação das ações, com base nas lições de Chiovenda, Agnelo Amorim Filho irá extrair as seguintes conclusões: (a) se as ações condenatórias – e somente elas – são o meio de proteção para os direitos suscetíveis de violação, somente as ações condenatórias prescrevem;⁵¹ (b) quanto às ações constitutivas, há que se fazer uma distinção – (b.1) quando possuem prazo especial de exercício fixado em lei, estão sujeitas indiretamente à decadência, porque o que decai não é a ação, mas o direito potestativo a ela correspondente;⁵² (b.2) as ações constitutivas que não têm prazo de exercício fixado em lei, assim como as ações declaratórias, devem ser consideradas, na visão de Agnelo perpétuas, porque insuscetíveis de sofrerem os efeitos da prescrição ou da decadência.⁵³

Agnelo Amorim Filho teve o grande mérito de buscar desenvolver um critério científico para explicar a diferença entre prescrição e decadência. Quando o jurista foi, nas suas palavras, investigar as causas da prescrição e da

⁴⁵ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961. p. 101.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 101.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 101.

⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 2. ed. Trad. de J. Guimarães Mene-gale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 24.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 27.

⁵⁰ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961. p. 102.

⁵¹ *Ibidem*, p. 105.

⁵² *Ibidem*, p. 107.

⁵³ *Ibidem*, p. 115.

decadência e não somente seus efeitos,⁵⁴ e correlações adequadas entre direitos a prestação e potestativos, contribuiu de sobremaneira para o desenvolvimento da ciência jurídica brasileira, cujos reflexos ecoam até hoje.

Há, contudo, equívoco nessa maneira de conceber a prescrição e decadência, que é uma ausência de distinção consistente e conseqüente mistura indevida entre os planos do direito material e processual. Aqui, é possível desde já adiantar uma das conclusões de nosso estudo: prescrição e o seu objeto pertencem ao plano do direito material, não ao processo. É diverso do que imaginava Agnelo, a chave para a distinção entre prescrição e decadência não está nas classificações das ações no plano processual, mas nos próprios efeitos dos direitos no plano material.

Apesar de citar também Pontes de Miranda, Agnelo Amorim Filho definitivamente parte da concepção de ação de Chiovenda. As ideias do jurista italiano acerca da ação, por sua vez, podem ser enquadradas dentro das chamadas teorias concretas sobre o direito de ação.⁵⁵ Para essas teorias, a ação é concreta, porque, preenchidas suas condições, só pode levar a uma sentença de mérito favorável, e não de qualquer conteúdo.⁵⁶ De acordo com o pensamento desses autores, portanto, ação é ter razão, é ter direito a uma sentença favorável de mérito. Ao ligar o direito de ação ao direito material, Chiovenda também acaba não separando da maneira devida os planos processual e material.⁵⁷ No final do dia, uma pessoa tem ação apenas se tem direito.

Então, para Chiovenda, em uma grande síntese, nós temos direito e temos ação. Quem tem ação? Quem tem direito. E aqui vale lembra novamente que estamos falando da ação em sentido processual – como não poderia deixar de ser, dada a notória posição a respeito do tema de Chiovenda.⁵⁸

Ocorre que essa teoria não consegue oferecer uma resposta para as situações em que um indivíduo exerceu o direito de ação e obteve uma sentença desfavorável.⁵⁹ Não é possível, nessa concepção, alguém exercer o direito de ação e não ter direito (material), não ter razão. Para tentar resolver

⁵⁴ AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961. p. 97.

⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 97.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 97.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 101.

⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 2. ed. Trad. de J. Guimarães Mene-gale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 34.

⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 103.

essa questão, afirma-se que o indivíduo, nessa hipótese, não teria exercido efetivamente direito de ação. Mas o que ele fez, então, ao movimentar o Poder Judiciário, obter uma resposta jurisdicional – ainda que desfavorável àquilo que pretendia – senão ação? Parte da resposta a essa questão pode ser encontrada na noção que se tinha a respeito da *actio* romana no período anterior às ideias do jurista alemão, Bernhard Windscheid. Embora seja anterior a Giuseppe Chiovenda – e esse mencione, inclusive, o jurista alemão em sua obra –, as ideias de Windscheid não foram retomadas totalmente por Chiovenda.⁶⁰

Até Windscheid, a ideia que predominava no pensamento jurídico era que o direito romano clássico (principal influência da tradição de *civil law* para construção da ideia de prescrição) era um direito baseado no *processo*, que o teria como o seu centro de gravidade.⁶¹ Entendia-se que a *actio* romana, do *ordo judicarium privatorum* seria termo equivalente à ideia de ação, um conceito eminentemente processual.⁶² Isso porque teríamos, no direito romano, a *actio*, que culminava na *condenatio*, sujeita à *praescriptio*.⁶³ Ocorre que *actio* não é mero direito de acionar, ingressar em juízo (*Klagerecht*).⁶⁴ Por isso, traçar um paralelo incompleto entre *actio* romana e ação processual pode ser rastreado como a origem das assimilações posteriores entre os planos do direito processual e direito material que fizeram com que se entendesse que a prescrição atingiria a ação.

Em 1856, Windscheid publicou uma monografia que pode ser traduzida como “A *actio* do direito romano do ponto de vista do direito atual” (*Die Actio des Römischen Civilrechts vom Standpunkte des Heutigen Recht*) e que abalou profundamente essa concepção.⁶⁵ De acordo com Windscheid, diferentemente do que até então se pensava, o paralelo entre a *actio* romana e a ação, ou se

⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 101.

⁶¹ *Ibidem*, p. 94.

⁶² Recorda-se, aqui, a passagem de Windscheid, sobre os perigos de ler o direito romano com os conceitos e categorias do direito atual: “(...) Tampoco ella supo conjurar totalmente el peligro de introducir em el derecho romano un concepto proprio de la conciencia jurídica actual.” em: WINDSCHEID, Bernhard; MÜTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 07.

⁶³ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Tomo IV. 2. ed. Tradução para o espanhol de Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1924, *passim*.

⁶⁴ WINDSCHEID, Bernhard; MÜTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 08-10.

⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 94.

preferir, entre *actio* e direito de acionar, era um paralelo equivocados.⁶⁶ *Actio* e ação podem ser entendidas para nós, então, quase que falsos cognatos.

De acordo com Windscheid, *actio* na verdade, possui proximidade com *pretensão (Anspruch)*⁶⁷ – aqui pretensão de direito material, que seria poder de exigir algo de outrem. De acordo com Daniel Mitidiero, essa ideia prescinde da noção de *lesão*, por exemplo, porque trabalha com o conceito de *exigibilidade*.⁶⁸ Ainda, de acordo com o autor, Windscheid não via a ação como um direito autônomo, mas a identificação por ele feita entre *actio* e *pretensão* representou ponto importante de separação entre os planos do direito material e direito processual.⁶⁹ Em sua teoria da ação, Chiovenda não encampou essa ideia de Windscheid, e como Agnelo Amorim Filho parte inequivocamente de Chiovenda para desenvolver sua teoria, também não o fez. Prova disso é o uso indiscriminado em diversas passagens do seu clássico ensaio de ação e pretensão, como se fossem termos equivalentes.

O Código Civil de 2002, deu um grande passo ao trabalhar com o conceito de pretensão no art. 189. Mas é importante observar que essa indevida assimilação da ação com a prescrição e não à pretensão até hoje é realizada de maneira ostensiva. E não é preciso ir muito longe para observar isso. Em pesquisa realizada no site do STJ, ao inserirmos o termo prescrição, é possível observar nos resultados, que inúmeras ementas dos julgados trazem a expressão prescrição da *ação* (e aqui por ação, entende-se a ação de direito processual).⁷⁰

A outra parte do problema nesse modo de ver a prescrição e decadência é que a teoria concreta do direito de agir já está totalmente superada.⁷¹ Como já afirmado, Agnelo Amorim Filho parte da teoria unitária e concreta de

⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 94. Ver também a introdução à obra “Polemica sobre la *actio*”, escrita por Giovanni Pugliesi em: WINDSCHEID, Bernhard; MÜTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. XXI.

⁶⁷ “La *actio* está, pues, en lugar de la pretensión. Decir que alguien tiene una *actio* significa, traducido al lenguaje de nuestra concepción jurídica (...), que alguien tiene una pretensión jurídicamente reconocida o, simplemente, que tiene una pretensión”. WINDSCHEID, Bernhard; MÜTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p.12.

⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 94.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 94.

⁷⁰ A título exemplificativo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial n. 1.321.610/SP*. Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 22 de março de 2021, em que se discorreu sobre a prescrição do direito de ação.

⁷¹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 103; MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 65.

Chiovenda e da classificação das ações por ele proposta.⁷² Ocorre que, no atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica processual, não há mais sentido em falar em classificação das ações, concepção tida por superada. O direito de ação é atualmente visto como o direito de *propor uma demanda e exercer as posições jurídicas inerentes ao processo, visando uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva*.⁷³

A ideia de que a ação é concreta há muito está superada. A ação é abstrata, porque independe do direito afirmado em juízo.⁷⁴ Toda pessoa tem o direito de propor uma ação e formular alegações, e isso independe de ter razão. A ação também é atípica, porque ela em si não tem conteúdo, todo e qualquer direito alegado é passível de tutela.⁷⁵ Por isso não há sentido em fazer uma classificação das ações. A ação é complexa e dinâmica.⁷⁶ Ela abrange diversas posições jurídicas ao longo de todo o procedimento, não só quando da sua propositura. Por fim, o direito de ação é atualmente compreendido também como prestacional, em função do dever de prestar, no mínimo, a tutela jurisdicional. Nessa compreensão, o direito de ação nem sempre culmina na tutela do direito (material), mas sempre leva à tutela jurisdicional.⁷⁷

Diante dessas considerações, entendemos que não precisamos da ideia de ação ou de uma classificação das ações para tratar da prescrição e decadência. Além da noção de pretensão no plano material parecer muito mais adequada, a prescrição e a decadência se regem pelos efeitos dos direitos no plano material, não no processual. Por isso, deve ter sua análise centrada no plano material. Não precisamos de uma classificação das ações para distinguir a decadência e a prescrição porque são planos distintos, independentes. Nesse sentido, Agnelo Amorim Filho poderia ter simplesmente se valido da classificação dos direitos de Chiovenda (que é o que realmente importa em nosso sentir, para a análise da prescrição e decadência), sem utilizar sua classificação das ações. Esse, contudo era o estado da arte na época em que Agnelo Amorim Filho desenvolveu suas ideias, que em nada retira seu prestígio e grande contribuição realizada para o direito brasileiro. Trata-se apenas de

⁷² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 2. ed. Trad. de J. Guimarães Mene-gale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 33/36.

⁷³ MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 63;

⁷⁴ *Ibidem*, p. 64.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 64.

⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 64.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 64.

uma concepção da década de 60 que pode ter uma leitura mais atual, mais consentânea com o atual estado de desenvolvimento da ciência jurídica.

III. Incidência da prescrição e da decadência

Estudadas as formas de distinção entre a prescrição e a decadência, percebe-se que ambos os institutos estão relacionados a fenômenos extintivos. Apreendida a distinção, é importante entender também o funcionamento dos institutos. Assim, esta seção se dedicará ao estudo de sua incidência prática, com o estudo de seus marcos suspensivos e interruptivos na primeira parte e o estudo de seus efeitos e prazos na segunda.

1. Marcos interruptivos e suspensivos

Como já demonstrado anteriormente, a evolução da matéria do decurso no tempo no direito privado no seu viés extintivo culminou na compreensão de que o objeto da prescrição é a pretensão e o objeto da decadência é o próprio direito potestativo. Em relação ao direito potestativo, viu-se também que não visa a uma prestação, mas sujeição, por isso não há falar em pretensão. Então, o que decai é o próprio direito. Isso significa dizer que quando há um prazo fixado para exercício de um direito potestativo, a própria aquisição do direito está vinculada ao dado temporal.⁷⁸ Por essa razão, o prazo decadencial começa a fluir desde a origem, o nascimento do direito. Como afirmou Humberto Theodoro Júnior, *a decadência se insere na estrutura formativa do próprio direito*.⁷⁹

Como os direitos sujeitos à decadência dependem apenas do agir do próprio titular, entendia-se que a esses direitos jamais poderiam ser aplicadas regras de impedimento ou suspensão dos prazos decadenciais.⁸⁰ Isso é o que ocorre via de regra, mas o próprio Código Civil de 2002 admite exceção. Essa consta do próprio caput do art. 207, do CC/02, que prevê que por expressa previsão legal, as normas atinentes à prescrição (dentre elas, sobre causas interruptivas e suspensivas, porque não são excepcionadas) poderiam ser

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. III. Tomo III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 417.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 417.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 428.

aplicadas à decadência.⁸¹ É o caso do dispositivo subsequente no código, que dispõe que as regras do 195 e 198, inciso I, também se aplicariam à decadência.⁸²

A pretensão, por sua vez, como já demonstrado, é o poder de exigir uma prestação fundada em direito. É a pretensão que está sujeita à prescrição não o direito em si. Por isso, o marco inicial para contagem dos prazos prescricionais é o momento a partir do qual há exigibilidade do direito. A lei prevê, contudo, algumas perturbações no curso da prescrição, causas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição. O Código Civil separa causas que impedem ou suspendem a prescrição (Seção II do Capítulo I do Título IV) das causas que a interrompem (Seção III do Capítulo I do Título IV).

Existem, assim, em primeiro lugar, impedimentos para que os prazos prescricionais comecem a correr e obstáculos à continuação de sua fluência. As causas que impedem ou suspendem a prescrição são as mesmas, e estão previstas nos arts. 197, 198 e 199. Humberto Theodoro Júnior, valendo-se das lições de Câmara Leal, expõe que o critério para diferenciar um impedimento de uma suspensão é simples: basta atentar para o momento em que o obstáculo à prescrição ocorre.⁸³ Se o obstáculo é anterior ao surgimento da pretensão, há *impedimento*. Se o obstáculo é posterior ao surgimento da pretensão, há *suspensão* do prazo prescricional.⁸⁴

Existem também causas interruptivas da fluência prescrição. Assim como na suspensão, as causas interruptivas ocorrem em momento posterior ao surgimento da pretensão, mas diferentemente daquela, a interrupção apaga o lapso temporal já transcorrido. Na suspensão, o prazo já transcorrido é preservado, sendo apenas retomado quando da retirada do obstáculo que a originou.

Em relação às causas que impedem ou suspendem a prescrição (marcos impeditivos ou suspensivos), Humberto Theodoro Júnior realiza classificação em três categorias, que aqui adotamos por ser ilustrativa do fenômeno. A primeira é composta pelas causas subjetivas bilaterais, que é quando a situação pessoal das duas partes da relação jurídica importa.⁸⁵ São as hipóteses do art. 197 do Código Civil, que trata em seus incisos das relações entre (i) cônjuges, na constância da sociedade conjugal; (ii) ascendentes e descendentes, durante

⁸¹ Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

⁸² Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. III. Tomo III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 265.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 265.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 265.

o poder familiar; e (iii) tutelados ou curatelados e seus representantes, na constância da representação.⁸⁶ A lógica por detrás dessas causas reside na manutenção da harmonia das relações, evitando-se desconfiças e conflitos.⁸⁷ A segunda, pelas causas subjetivas materiais, que dizem respeito à situação pessoal de apenas uma das partes da relação jurídica.⁸⁸ São as hipóteses do art. 198, do Código Civil,⁸⁹ cabendo aqui fazer a ressalva de que o inciso I deve ser lido em consonância com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Cabe, ainda, destacar, que esses marcos só se aplicam quando as pessoas referidas pela lei são titulares da pretensão. Invertidas as posições, o credor não poderá alegá-las em seu benefício.⁹⁰ A terceira categoria é formada pelas causas objetivas ou materiais, assim denominadas por não se referirem a nenhuma circunstância pessoal de qualquer uma das partes da relação jurídica.⁹¹ São as hipóteses do art. 199, do Código Civil.⁹² Em verdade, aqui, está-se diante apenas de causas impeditivas da prescrição, porque se referem a hipóteses onde ainda não há exigibilidade e, portanto, não ocorrência do marco inicial de fluência do prazo prescricional. Essa classificação, além de didática, possui uma outra utilidade: há autores que entendem que as causas subjetivas de impedimento ou suspensão da prescrição seriam taxativas, enquanto as objetivas poderiam ser ampliadas até por analogia.⁹³ Uma das hipóteses não previstas discutidas pela doutrina e pela jurisprudência é a suspensão da prescrição por força maior.⁹⁴ Já diante de uma situação de dolo ou coação a doutrina entende que não seria necessário levantar a tese da força

⁸⁶ Art. 197. Não corre a prescrição: I – entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II – entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III – entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. III. Tomo III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 272.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 266.

⁸⁹ Art. 198. Também não corre a prescrição: I – contra os incapazes de que trata o art. 3o; II – contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III – contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. III. Tomo III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 278.

⁹¹ *Ibidem*, p. 266.

⁹² Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: I – pendendo condição suspensiva; II – não estando vencido o prazo; III – pendendo ação de evicção.

⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. III. Tomo III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 266.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 266-269

maior, porque além de serem vícios de consentimento, são atos ilícitos, que geram dever de indenizar.⁹⁵

As causas interruptivas da prescrição, além de desconsiderarem o lapso temporal já transcorrido possuem outra diferença em relação às suspensivas, que é sua razão de ser e, ao mesmo, tempo relação com a vontade das partes. Se, de um lado, as causas suspensivas (e impeditivas) possuem o denominador comum da dificuldade para o exercício da pretensão, as causas interruptivas pressupõem o exercício de algum ato pela parte, que faça cessar sua inércia.⁹⁶ São as causas previstas no art. 202, do Código Civil.⁹⁷ Atentando-se para os seus incisos, é possível perceber duas categorias de marcos interruptivos. A primeira, compreende as hipóteses de interrupção da prescrição por ato inequívoco do credor (titular da pretensão) quer seja o exercício de sua pretensão ou manifestação de vontade de exercício futuro.⁹⁸ São os primeiros cinco incisos. A segunda, compreende as hipóteses que digam respeito a atos do devedor, que reconheçam a existência do direito.⁹⁹ Aqui, de acordo com Pontes de Miranda, o reconhecimento que é, no mínimo, ato jurídico *stricto sensu*, deve ser inequívoco.¹⁰⁰ No ponto, cabe mencionar interessante entendimento já afirmado pelo Superior Tribunal de Justiça. No Recurso Especial n. 1.321.610/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andriighi, firmou-se entendimento no sentido de que a propositura de demanda judicial pelo devedor

⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. III. Tomo III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 270.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 295.

⁹⁷ Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I – por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II – por protesto, nas condições do inciso antecedente; III – por protesto cambial; IV – pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. III. Tomo III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 301.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 301.

¹⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 201.

que impugne o débito, é considerada causa interruptiva da prescrição.¹⁰¹ Trata-se de hipótese que parece fugir da inteligência do inciso VI do art. 202, do CC/02. Entendemos que aqui existe distinção relevante entre as hipóteses a fazer com que não possam ser tratadas em conjunto. *Impugnar* um débito, questioná-lo em juízo, inclusive colocando em dúvida sua validade, não nos parece configurar um ato de reconhecimento do direito pelo devedor. Talvez, aqui, o Superior Tribunal de Justiça tenha dado interpretação excessivamente extensiva ao texto legal. Reportando-nos à lição de Pontes de Miranda: *na dúvida, não se entende ter havido interrupção*.¹⁰²

2. Prazos e efeitos

Conhecendo marcos interruptivos, suspensivos e impedimentos, resta estabelecer o curso normal da fluência dos prazos e quais os efeitos desencadeados pela prescrição e pela decadência quando tais eventos não se concretizam. Ou seja, o que ocorre quando um prazo decadencial ou prescricional chega ao seu fim sem qualquer impedimento, suspensão ou interrupção.

Antes disso, no entanto, importante destacar que para se chegar à conclusão de que um prazo prescricional ou decadencial chegou ao seu fim será necessário identificar seu marco inicial de contagem. Em relação ao marco inicial do prazo prescricional, há duas formas de definição do marco inicial, uma objetiva e outra subjetiva.

Para algumas hipóteses, o Código Civil vinculou o termo inicial do prazo prescricional ao conhecimento da lesão pelo credor, como é o caso da pretensão do segurado contra o segurador, que prescreve em um ano da ciência do fato gerador da pretensão, de acordo com o disposto no art. 206,

¹⁰¹ RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CHEQUE. SUSTAÇÃO DE PROTESTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO DO PRAZO. ADMISSIBILIDADE. (...)

3. A propositura de demanda judicial pelo devedor, seja anulatória, seja de sustação de protesto, que importe em impugnação do débito contratual ou de cártula representativa do direito do credor, é causa interruptiva da prescrição. 4. A manifestação do credor, de forma defensiva, nas ações impugnativas promovidas pelo devedor, afasta a sua inércia no recebimento do crédito, a qual implicaria a prescrição da pretensão executiva; além de evidenciar que o devedor tinha inequívoca ciência do interesse do credor em receber aquilo que lhe é devido. 5. O art. 585, §1º, do CPC deve ser interpretado em consonância com o art. 202, VI, do Código Civil. Logo, se admitida a interrupção da prescrição, em razão das ações promovidas pelo devedor, mesmo que se entenda que o credor não estava impedido de ajuizar a execução do título, ele não precisava fazê-lo antes do trânsito em julgado dessas ações, quando voltaria a correr o prazo prescricional.

6. Negado provimento ao recurso especial (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *Recurso Especial n. 1.321.610/SP*. Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 21 de março de 2013).

¹⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 201.

§1º, II, b do Código Civil. Nesse caso, entende-se que o Código adotou um viés subjetivo, pois vinculou ao conhecimento da lesão o marco inicial do prazo prescricional.

Para outras hipóteses, não há essa vinculação do início do prazo ao conhecimento pelo titular da pretensão, o que faz com que alguns autores defendam um viés objetivo na definição do marco inicial, segundo o qual a prescrição começaria a correr tão logo se desse o surgimento da pretensão, independentemente do conhecimento do fato que lhe deu origem pelo titular do direito.¹⁰³

Parece, no entanto, que não faria sentido punir a inércia do titular do direito que poderia exercer uma pretensão mas que não tinha o conhecimento desta possibilidade. Sendo assim, parece bastante mais razoável exigir-se o conhecimento do nascimento da pretensão para todos os casos. O marco inicial da decadência é, por outro lado, o próprio surgimento do direito potestativo,¹⁰⁴ sendo assim, não há que se falar em um viés subjetivo, pois do próprio surgimento do direito potestativo já iniciará o prazo.

Outra regra geral importante em relação à prescrição e à decadência é a que divide os prazos em prazos gerais e especiais. Para prescrição, o Código Civil estabeleceu tanto prazo geral quanto prazos especiais.¹⁰⁵ Isso significa que, mesmo que a uma determinada pretensão não seja atribuído um prazo específico de exercício, esta prescreverá no prazo geral de 10 (dez) anos previsto pelo artigo 205 do Código Civil. No Código Civil de 1916, diferentemente, esse prazo geral era maior, de 20 (vinte) anos. Assim, pode-se dizer, com razão no fundamento da existência da prescrição delineado na introdução deste artigo, que o novo Código privilegiou a estabilidade das relações civis.

Também estão previstos, no artigo 206 do Código Civil, os chamados prazos especiais, que são aplicáveis a pretensões específicas determinadas em lei, esses são os prazos de um, dois, três, quatro e cinco anos. De um ano, dentre outras, por exemplo, é o prazo prescricional da pretensão do segurado contra a seguradora (art. 206, §1º, II). De dois anos, o prazo para exercício da pretensão para haver prestações alimentares.

Como exemplo de prazo trienal, temos o prazo prescricional que recebeu mais atenção dos debates doutrinários e jurisprudenciais nos últimos anos: o prazo para obtenção de reparação civil na responsabilidade civil extra-

¹⁰³ MENKE, Fabiano. Comentários ao Artigo 206. In: NANNI, Giovanni Ettore (Org). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

¹⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção Científica entre Prescrição e Decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 836, p. 49-68, jun. 2005. p. 10.

¹⁰⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 633.

contratual previsto pelo art. 206, §3º, V. E menciona-se especificamente a responsabilidade civil extracontratual por conta do recente entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em 2019, que pacificou o entendimento de que à pretensão decorrente de inadimplemento contratual se aplicaria o prazo geral de 10 anos.¹⁰⁶ O caso, que tratava de um contrato de compra e venda e de prestação de serviços entre uma revendedora de automóveis e a Ford Motor Company Brasil LTDA, encerrou o dissídio que existia desde a promulgação do CC.

Existem bons argumentos para defender a aplicação de quaisquer dos prazos (de três ou de dez anos) à pretensão indenizatória por inadimplemento contratual, mas a lógica destacada pela decisão de que a pretensão indenizatória deveria seguir o mesmo prazo da pretensão principal, qual seja a de execução da obrigação contratual, que seria de dez anos,¹⁰⁷ parece ser a mais correta. Caso contrário, se estaria atribuindo à pretensão secundária (e, em muitos casos, subsidiária) de perdas e danos prazo menor do que o para execução específica da obrigação, o que, numa perspectiva lógica-sistemática do Código Civil, não poderia ser defendido.¹⁰⁸

De quatro anos é o prazo prescricional da pretensão relativa à tutela, do tutelado contra o seu tutor, por exemplo, que está previsto no art. 206, §4º. Esse prazo começa a ser contado a partir da aprovação as contas. Já como exemplo de um prazo quinquenal temos a pretensão dos profissionais liberais sobre seus honorários (art. 206, §5º, II), assim como a pretensão de cobrança de dívidas líquidas (art. 206, §5º, I).

Os prazos decadenciais, ao contrário dos prescricionais, são todos especiais, pois não há um prazo decadencial geral. Não há, portanto, um prazo geral que será aplicado aos direitos potestativos não especificamente mencionados pela legislação. Isso significa que, caso não haja prazo específico disposto em lei, um direito potestativo poderá, a princípio, ser exercido a qualquer momento, não havendo prazo para seu exercício. Além disso, os prazos decadenciais não constam consolidados em uma seção, mas sim espalhados por todo o código.

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *Embargos de Divergência n. 1.281.594/SP*. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. P. Acórdão Min. Felix Fischer, julgado em 15 de maio de 2019.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Esse argumento foi um dos utilizados por Judith Martins-Costa e por Cristiano Zanetti em seu artigo sobre o prazo prescricional de dez anos ser aplicável à responsabilidade civil contratual. Além da perspectiva lógico-sistemática, também destacaram os autores argumentos sob a perspectiva da terminologia utilizada pelo código, assim como sob o critério axiológico. MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano. Responsabilidade Contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, [s.l.], ano 106, v. 979, p. 216-241, maio 2017. p. 216-241.

Exemplos de prazo decadencial são justamente o prazo de quatro anos para pleitear anulação de um negócio jurídico, previsto pelo art. 178 do Código Civil e o prazo para reclamar de vícios aparentes ou de fácil constatação em relações de consumo, previsto pelo artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor.

Também é prazo decadencial o prazo que consta do art. 286 da Lei das Sociedades Anônimas, que prevê o prazo de dois anos para que se pleiteie a anulação das deliberações tomadas em assembleia geral. Apesar de o próprio artigo se referir à prescrição, entende-se que de fato se trata de um prazo decadencial, pois o direito de pleitear anulação é um direito potestativo do acionista.¹⁰⁹

Ultrapassados cada um desses prazos decadenciais e prescricionais, ocorrerão os efeitos da prescrição e da decadência. A decadência, quando ocorre, tem verdadeiro efeito extintivo, pois leva à extinção do direito potestativo, pondo fim ao estado de sujeição existente.¹¹⁰

Os efeitos da prescrição, no entanto, são menos fulminantes ao direito do que os efeitos da decadência. Isso porque a prescrição, ao contrário da decadência, não extingue o direito propriamente dito. Aliás, a simples consumação do prazo prescricional não priva o interesse do credor da tutela jurisdicional de imediato.¹¹¹ Isso porque os seus efeitos não operam automaticamente pela ultrapassagem do prazo, ou seja, a prescrição não opera *ipso iure*,¹¹² sendo necessário que seja reconhecida a operação da prescrição.

Em relação ao objeto da prescrição, nas palavras de Pontes de Miranda, a prescrição “atinge a pretensão, cobrindo a eficácia da pretensão e, pois, do direito, quer quanto à ação, quer quanto ao exercício do direito mediante direta (aliter, alegação de compensação [...] ou outra manifestação pretensional)”.¹¹³

Também é incorreto afirmar que a prescrição extingue o direito do credor porque, em verdade, ela é uma faculdade que a lei dá ao devedor para que este possa se negar a cumprir a prestação devida que só veio a ser reclamada depois de ultrapassado o prazo prescricional.¹¹⁴ É por isso que a

¹⁰⁹ Para uma análise mais aprofundada a respeito deste prazo decadencial específico, ver: VALLADÃO, Erasmo. *Invalidade das Deliberações de Assembleia das S.A.* São Paulo: Malheiros, 1999.

¹¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção Científica entre Prescrição e Decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 836, p. 49-68, jun. 2005. p. 10.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 7.

¹¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 222.

¹¹³ *Ibidem*, p. 221.

¹¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção Científica entre Prescrição e Decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 836, p. 49-68, jun. 2005. p. 7.

prescrição é comumente caracterizada como uma exceção, a qual precisava, historicamente, ser oposta por seu devedor.

A necessidade de oposição da prescrição e seu caráter de exceção é algo que se repete nos direitos português e alemão. No direito português, apenas a decadência pode ser reconhecida de ofício, não a prescrição, a qual deve ser oposta pelo devedor a fim de que seja reconhecida pelo juízo, caso contrário, a pretensão poderá ser exercida pelo titular do direito.¹¹⁵

No direito alemão, em sentido semelhante, a prescrição é caracterizada como uma exceção de direito material (*Einrede*), ou seja, ela não extingue o direito, mas sim dá ao devedor uma exceção para evitar o exercício de uma pretensão do credor.¹¹⁶ Assim, no direito alemão a prescrição também não operará *ipso iure*, a fim de que não se proteja automaticamente o devedor – este terá que alegar a prescrição para que não cumpra com a sua obrigação.¹¹⁷

Apesar de também classificar a prescrição como uma exceção de direito material, o direito brasileiro, diferentemente dos ordenamentos português e alemão, abre algumas exceções em relação à necessidade de oposição da exceção de prescrição, dando ao juiz o poder de reconhecê-la de ofício no processo judicial,¹¹⁸ por exemplo. Isso, por si só, vai contra a própria natureza da prescrição, que é de exceção.

Em verdade, o legislador processual, por motivos majoritariamente políticos, provavelmente para acelerar o julgamento de processos, parece ter ultrapassado o fato de que a prescrição não deve operar automaticamente, mas sim ser alegada pelo devedor, permitindo o conhecimento de ofício e a alegação a qualquer fase do procedimento.¹¹⁹ Contudo, independentemente dos motivos para tal previsão, fato é que existindo a possibilidade legal

¹¹⁵ HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 1992.

¹¹⁶ LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9. Auflage. München: C.H. Beck, 2004, p. 314.

¹¹⁷ ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Lehrbuch des Bürgerlichen Recht: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, V. II. 15. Auflage von Hans Karl Nipperdey. Tübingen: JCB Mohr, 1960, p. 1400.

¹¹⁸ O artigo 487 do Código Civil, em seu inciso II, prevê que haverá resolução de mérito quando o juiz: "II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;". No parágrafo único do mesmo artigo, está disposto que as partes devem ter a oportunidade de se manifestar sobre a prescrição e a decadência, exceto na hipótese de improcedência liminar do pedido. No entanto, mesmo que oportunizada a manifestação, isso não retira o fato de que o impulso sobre a questão da prescrição será tomado primeiramente pelo juiz, o que por si só, vai contra a natureza de uma exceção.

¹¹⁹ Para maiores considerações dos aspectos processuais da prescrição, ver: DIDIER JR., Fredie. Aspectos processuais da prescrição: conhecimento ex officio e alegação em qualquer fase do procedimento. In: CIANCI, Mirna (coord.). *Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 57-68.

expressa de reconhecimento de ofício da prescrição, não há como se questionar sua possibilidade.

Assim, apesar de ser qualificada como exceção no direito brasileiro, há casos em que não terá de ser de fato alegada pelo devedor para que opere efeitos. Mesmo assim, reconhece-se que ainda há essa característica porque seus efeitos não são automáticos, ainda devem ser reconhecidos pelo juiz, mesmo que de ofício. Nesse mesmo sentido, o objeto da prescrição permanece sendo o encobrimento da pretensão, e não a extinção do direito.

IV. Considerações finais

Desse estudo aprofundado da prescrição e da decadência, pode-se chegar a algumas conclusões. A primeira delas é a importância da existência desses institutos, que permitem a estabilização das relações jurídicas, permitindo o alcance de maior segurança nas relações. Se assim não fosse, a qualquer momento poder-se-ia resgatar discussões e litígios já superados, o que destrói a confiança dos sujeitos de direito no ordenamento jurídico.

Sobre a distinção entre os dois institutos, chega-se à conclusão de que a distinção feita por Agnelo Amorim Filho na década de 60 continua atual, podendo ser utilizada na perspectiva da distinção pelos direitos abrangidos pela prescrição e pela decadência, mas devendo ser adaptada no que se refere à classificação das ações, que não é mais utilizada pela doutrina processualista.

Conhecer a distinção entre os institutos é essencial para discernir entre quais prazos serão aplicáveis ao exercício de determinados direitos, assim como quais os efeitos advindos do término dos prazos. Muita embora a distinção tenha repercussão prática em diversos aspectos, muitas vezes o legislador se equivoca, utilizando uma expressão no lugar da outra. Isso é bastante perigoso, pois pode levar a distorções na aplicação dos institutos. Por conta disso, o estudo da matéria e principalmente do critério distintivo entre prescrição e decadência tem especial relevância.

Sendo assim, é importante conhecer que a prescrição encobre a eficácia da pretensão e, portanto, opera somente em relação a direitos subjetivos que, quando violados, geram pretensão. Enquanto isso, a decadência, extingue o direito potestativo, ou seja, atua somente em relação a esses direitos que dão o poder a uma parte de influir eficazmente e unilateralmente em uma relação jurídica.

Em relação à incidência dos institutos da prescrição e da decadência, destaque deve ser feito para a natureza e efeitos da prescrição que, apesar de ser reconhecidamente uma exceção, ou seja, não operar automaticamente

seus efeitos, devendo ser alegada pelo devedor, pode ser reconhecida de ofício pelo juiz ao longo do processo judicial. Mesmo assim, reconhece-se que não é a mera ultrapassagem do prazo prescricional que impede o exercício da pretensão pelo titular do direito subjetivo, mas, sim, o reconhecimento da operação da prescrição, seja por alegação da parte, seja por reconhecimento pelo juiz ao longo do processo judicial.

A decadência, por outro lado, opera seus efeitos pela mera ultrapassagem do prazo legal, sendo o direito considerado extinto desde o momento que o prazo for ultrapassado. Ou seja, ultrapassado o prazo, encerra-se, de pronto, o estado sujeição que corresponde à decadência.

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *Embargos de Divergência n. 1.281.594/SP*. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. P. Acórdão Min. Felix Fischer, julgado em 15 de maio de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial n. 1.321.610/SP*. Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 22 de março de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *Recurso Especial n. 1.321.610/SP*. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21 de março de 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 2. ed. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

COUTO E SILVA, Almiro do. Atos Jurídicos de Direito Administrativo Praticados por Particulares e Direitos Formativos. In: COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 123-143.

DIDIER JR., Fredie. Aspectos processuais da prescrição: conhecimento ex officio e alegação em qualquer fase do procedimento. In: CIANCI, Mirna (coord.). *Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 57-68.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Lehrbuch des Bürgerlichen Recht: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, V. II. 15. Auflage von Hans Karl Nipperdey. Tübingen: JCB Mohr, 1960.

HAICAL, Gustavo. Apontamentos sobre o Direito Formativo Extintivo de Denúncia no Contrato de Agência. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 299-300.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 1992.

LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9. Auflage. München: C.H. Beck, 2004.

LOMBARDO, Stefano. Clausola di opzione. In: CONFORTINI, Massimo (Coord.). *Clausole Negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*. Torino: UTET, 2017. p. 544.

MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano. Responsabilidade Contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, [s.l.], ano 106, v. 979, p. 216-241, maio 2017.

MENKE, Fabiano. Comentários ao Artigo 206. In: NANNI, Giovanni Ettore (Org.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre Pretensão e Prescrição no Sistema do Novo Código Civil Brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 22, p. 147-158, 2002.

NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A supressio (verwirkung): no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Tomo IV. 2. ed. Tradução para o espanhol de Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1924.

SIMÃO, José Fernando. Prescrição e Decadência: tempo de esclarecer controvérsias. In: CASSETTARI, Christiano. *10 anos de Vigência do Código Civil Brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 216-235.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção Científica entre Prescrição e Decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 836, p. 49-68, jun. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. III. Tomo III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VALLADÃO, Erasmo. *Invalidez das Deliberações de Assembleia das S.A.* São Paulo: Malheiros, 1999.

VON TUHR, Andreas. *Parte General del Derecho Civil*. Trad. espanhola de Wenceslao Roces. Granada: Comares, 2006.

Pessoa, nascituro e embrião: intervenções genéticas

Alice Pagnoncelli Pituco*

Vitória do Prado Bernardinis**

Sumário: I. Introdução. II. “Do acaso à escolha”: a genética e a restrição e configuração de direitos fundamentais. 1. Interferências na vida do outro e o livre desenvolvimento da personalidade. 2. A fábrica de bebês: restrições à utilização do diagnóstico genético pré-implantacional. III. De parentes a entulho: “Escolhas que nossos avós não faziam”. 1. “Filhos da ciência”: a reprodução assistida como projeto parental. 2. O futuro do passado: a questão dos embriões excedentários. IV. Considerações finais.

I. Introdução

Aldous Huxley, no século XX, imaginou, em “Admirável Mundo Novo”, um mundo pós-Ford, em os seres humanos não mais eram concebidos em famílias, mas em laboratórios através do método Bokanovsky – um método em laboratório para reprodução humana em incubadoras, no qual, diferentemente daquilo que a natureza definira, um óvulo poderia se reproduzir em oitenta e seis embriões que se desenvolveriam por completo. Nesse mundo, a reprodução humana perpassa pelo processo de mudança, tornando-se instrumento para a estabilidade social, pois viabilizaria haver pessoas padronizadas pela reprodução em série como a de carros Ford.¹ Huxley imaginou

* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sob orientação da professora Dr^a Simone Tassinari Cardoso Fleischmann. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público e bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS. Advogada. E-mail alicepitucoadv@gmail.com.

** Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sob orientação da professora Dr^a Tula Wesendonck. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS e assessora junto à Assessoria Especial Administrativa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. E-mail vitoriabernardinis@gmail.com.

¹ HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. 22. Ed. São Paulo: Globo, 2014.

uma sociedade criada em produção de escala massificada, na qual aquilo que tornaria cada sujeito único, sua identidade genética, não mais importaria. Atualmente, embora de maneira diferente, a ciência se aproxima cada vez mais do que Mary Shelley² narrou através da história do Dr. Victor Frankenstein: a manipulação de uma vida. A customização de um ser com características visando à perfeição; mas que pode não compreender o mundo e as razões que o criaram, não se reconhecendo e sendo reconhecido na sociedade em que se insere.

A discussão proposta é referente a quais são as restrições passíveis de serem impostas à interferência na criação de uma vida humana – quando confrontadas as liberdades do ser gerado e as liberdades reprodutivas e de planejamento familiar dos pais. Dessa forma, inicia-se a reflexão sobre a reprodução humana, os avanços tecnológicos e a seleção do DNA humano, e, nessa medida, as possibilidades de decisão de homens e mulheres sobre a vida de outro ser humano antes mesmo de seu nascimento. Tais mudanças proporcionadas pelos avanços das pesquisas em biotecnologias, na reprodução humana e, em última análise, na geração da vida desafiam o direito e institutos que, ao longo de décadas, foram se consolidando. O que, consolidada uma tradição, passou-se a se compreender por autonomia, personalidade, direitos da personalidade, família, liberdade, dignidade da pessoa humana, dentre outros, teria de ser, em alguma medida, repensado diante das novas possibilidades alcançadas pela ciência na área da genética e da reprodução humana? Para tanto, a discussão precisa ser construída voltando-se a noções prévias ao estudo propriamente de legislações e regulamentações, buscando entender qual é a compatibilidade, ou não, destas novas possibilidades com as estruturas básicas do Direito Privado. Nesse sentido, à luz do que referem Luc Ferry e Jean-Didier Vicent, um filósofo e um biólogo, ao introduzirem a razão pela qual farão obra em conjunto para responder ao questionamento de “o que é a vida?”, é necessário também ao Direito sair desta “torre de marfim” – de discussões estritamente em termos e noções jurídicas – e passar a olhar para as demais ciências em busca, também, de respostas às repercussões jurídicas das implicações do uso de tecnologias no âmbito da genética.³

Antes de adentrar propriamente na temática e no problema a que se propõe, cabe esclarecer uma importante distinção, qual seja, entre pessoa, nascituro e embrião, delimitando a conceituação. Parte-se, aqui, do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 pelo Supremo Tribunal

² SHELLEY, Mary. *Frankenstein*. Porto Alegre: L&PM, 2018.

³ FERRY, Luc; VINCENT, Jean-Didier. *O que é o ser humano?* Sobre os princípios fundamentais da filosofia. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 9-10.

Federal, e entende-se que: embrião é embrião, nascituro é nascituro, pessoa é pessoa.⁴ É dizer, não se confundem e recebem tratamento jurídico distinto. Brevemente, pois o propósito do presente artigo não é refletir sobre tais diferenciações, apenas estabelece-se de quais noções conceituais se parte, visando a situar o leitor na discussão que se seguirá.

Considera-se embrião, para o ordenamento jurídico, o conjunto de células originário da fecundação, ainda não implantado no útero, e, como isso, reconhece-se a necessidade de regulamentação do Estado sobre a utilização de embriões.⁵ Ainda que a discussão tome outros rumos no tocante às posições em outros campos, no mundo jurídico a distinção que se vislumbra é clara: um embrião somente poderá se tornar um nascituro e, após, uma pessoa na eventualidade de ser implantado no útero materno. Por sua vez, nascituro é aquele ser concebido e por nascer, cujo tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro é distinto ao do da pessoa, pois ainda não possui personalidade jurídica, à luz da leitura, tradicionalmente consolidada desde a edição do Código Civil de 1916, do atual artigo 2º, do Código Civil vigente, cuja redação é idêntica à do antigo artigo 4º, do Código Civil/1916.⁶ Portanto, parte-se da concepção, sem adentrar nas divisões doutrinárias,⁷ conforme Pontes de Miranda, de que “no útero, a criança não é pessoa. Se não nasce

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, julgado em 29 maio 2008. DJe: 28/05/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 05 jan. 2021.

⁵ Quanto a este ponto, relevante trecho do voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto: “Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. [...] Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos ‘feto’. Este e o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita. Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social quanto um todo à parte. Parte de algo e um algo à parte”. (Ibidem, p. 172-173).

⁶ Sobre o tema cf. BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Comentários por Clóvis Beviláqua. Edição histórica. vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p. 178-179. BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1929. p. 83-89. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981. p. 134. DINIZ, Almachio. *Introdução e Parte Geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1921. p. 101/102. MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro: Subsídios históricos para o novo código civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 133. MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e a construção do biodireito. *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n. 2, p. 61-81, jul. 2001. p. 61-81.

⁷ Para posições doutrinárias distintas, bem como considerações acerca das controvérsias, cf. CHINELATO, Silmara. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000 e SEMIÃO, Sérgio A. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015.

viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito de direito (= nunca foi pessoa)”.⁸

Por fim, compreende-se como pessoa aquele ser humano que nasceu com vida e, portanto, adquiriu personalidade. Quanto ao conceito “pessoa”, há se se remeter à origem etimológica da palavra, como mencionado por Hannah Arendt, na palavra Latina “*persona*”, a qual se relacionava à máscara utilizada pelo ator em suas apresentações – o momento em que ele soava através da máscara (*per sonare*), indicando o papel que assumiria.⁹ O substantivo pessoa, portanto, tem origem nesse ato de soar através da máscara, sendo que em Roma *persona* era aquele que possuía direitos civis, enquanto *homo*, alguém da espécie humana,^{10,11} tendo o conceito penetrado posteriormente na esfera jurídica.¹² Para Pontes de Miranda, também referindo-se a essa origem da palavra à luz do pensamento jurídico, “pessoa é apenas o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito. Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico e está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito”.¹³

Portanto, nas páginas que seguem, adota-se a posição de que pessoa é pessoa, nascituro é nascituro e embrião é embrião – sendo o tratamento pelo ordenamento jurídico de cada uma destas figuras distinto. O que, contudo, não significa que decisões tomadas em relação aos embriões e aos nascituros, enquanto tenham tal condição, não possam vir a ter repercussão na vida daquele que venha a adquirir personalidade jurídica no futuro.

No presente artigo, buscando delimitar a pesquisa realizada, objetiva-se compreender quais seriam as restrições aplicáveis no processo decisório sobre a vida do outro, no campo da reprodução assistida e do destino a ser dados a embriões – confrontando isto com a liberdade de planejamento familiar. Nesse sentido, passa-se a testar a suficiência da regulamentação brasileira já

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral t. I*. São Paulo: Bookseller, 1999. p. 217.

⁹ ARENDT, Hannah. *Responsability and judgment*. Nova Iorque: Schocken Books, 2003. p. 12.

¹⁰ *Ibidem*, p. 12-13.

¹¹ E, nesse sentido, tem-se que “[...] o que a modernidade construiu – em distinção aos alicerces da antiguidade – como base sólida, portanto, foi uma estrutura capaz de reconhecer, àquele homo, interesses fundamentais, inclusive independentemente da possibilidade de que, como *persona*, não pudesse alcançar mesma proteção jurídica no âmbito público”. (CACHAPUZ, María Claudia. O conceito de pessoa e a autonomia de data (ou sobre a medida da humanidade em tempos de inteligência artificial. *Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC: Journal of Contemporary Private Law*, online, n. 20, 2019).

¹² GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. 5. ed. Madrid: Editora Cátedra, 2015. p. 141-142.

¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *op. cit.*, p. 215.

existente, atendo-se às questões relativas às escolhas realizadas em relação aos embriões e voltadas, especialmente, ao diagnóstico genético pré-implantacional e aos embriões excedentários. Portanto, busca-se responder ao questionamento quanto às restrições a serem impostas, pelo ordenamento jurídico brasileiro, às decisões a serem tomadas pelos pais, no exercício de sua liberdade de planejar uma família, em relação à seleção de embriões por meio de testes genéticos e ao destino destes embriões. E, nesse ponto, além de realizar-se o estudo voltando-se a conceitos jurídicos e filosóficos, passa-se por uma breve análise da suficiência, ou não, da regulamentação atual no Brasil sobre a matéria, bem como utilizam-se como casos para exame exemplificativo aqueles referidos na literatura, visando à problematização das questões postas.

II. “Do acaso à escolha”: a genética e a restrição e configuração de direitos fundamentais

Nesta primeira parte do presente artigo, visando a abordar tanto questões filosóficas prévias à discussão jurídica da manipulação de embriões, quanto quais impactos tais modificações podem ter nas estruturas tradicionais do direito privado, primeiramente estudar-se-á a possibilidade de restrições à intervenção na vida do outro, mediante manipulação genética, à luz do livre desenvolvimento da personalidade. Posteriormente, passa-se ao estudo, sob a ótica jurídica, da realização do diagnóstico pré-implantacional e restrições a este exame e método de seleção de embriões.

1. *Interferências na vida do outro e o livre desenvolvimento da personalidade*

Ao adentrar no campo das interferências de terceiros na vida do outro, o primeiro retorno às estruturas de pensamento anteriormente postas deve ser quanto às práticas eugênicas, a fim de verificar se haveria, ou não, distinção daquilo que atualmente é defendida como uma nova eugenia – ou “eugenia liberal”. O termo “eugenia” foi cunhado por Francis Galton – primo de Charles Darwin –, em 1883, definindo-a como a ciência do melhoramento, cuja finalidade seria reproduzir raças ou linhagens sanguíneas mais “agradáveis” e com mais chances de prevalecer sobre aqueles menos “agradáveis”.¹⁴ Galton

¹⁴ BUCHANAN, Allen *et al.* *From Chance to Choice: Genetics and Justice*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006. p. 30.

pretendia, assim, “imitar o mecanismo da seleção natural”,¹⁵ acelerando o processo de refinamento dos seres humanos por meio de uma seleção artificial.

A influência das ideias de Galton em países como Reino Unido, Estados Unidos, Alemanha, Brasil, União Soviética, ensejou a criação de Sociedades – como a *American Society os Eugenics* –, e atraiu apoiadores para esse pensamento, passando a ser um movimento não apenas com apoio popular, mas também com o apoio do Estado e visando à pesquisa¹⁶. A reprodução passou a ser vista não como um ato privado, mas como um ato social com repercussões para além da esfera privada.¹⁷ Na medida em que a eugenia visava à seleção dos sadios em preferência aos doentes, propôs-se a “reprodução seletiva dos fortes”¹⁸ – esta era a eugenia positiva, a qual seria combinada com a eugenia negativa (a esterilização dos fracos).¹⁹ Contudo, embora Galton acreditasse na seleção de fenótipos para alcance desses melhores da espécie, em verdade, “o poder da eugenia estava na manipulação de genes, não na seleção de características”.²⁰

As práticas eugenistas se espalharam para a Alemanha nazista, sendo que a legislação aprovada em alguns estados estadunidenses tinha como um admirador Adolf Hittler.²¹ Com o fim da II Guerra Mundial e o olhar do mundo voltado para o assassinato em massa e genocídio praticados pelo Regime Nazista, as portas para a eugenia se fecharam e o mundo foi acometido por uma amnésia seletiva, ocorrendo um reexame das ambições desse passado recente, e

no mundo todo, programas de eugenia foram encerrados em clima de vergonha. [...] Muitos de seus mais ferrenhos defensores foram acometidos por uma convincente amnésia coletiva sobre seu papel no encorajamento dos eugenistas alemães e renunciaram por completo ao movimento.²²

¹⁵ MUKHERJEE, Siddhartha. *O Gene: Uma história íntima*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 95.

¹⁶ Quanto a isso, pontua-se que (“eugenics was taught at leading universities and received attention in standard biology textbooks”) BUCHANAN, Allen *et al.*, *op. cit.*, p. 31).

¹⁷ *Ibidem*, p. 42.

¹⁸ MUKHERJEE, Siddhartha, *op. cit.*, p. 94

¹⁹ Exemplificativamente, países como os EUA passam a realizar esterilização forçada. Cita-se, a título exemplificativo, o caso *Buck v. Bell* decidido pela Suprema Corte Norte Americana quanto à realização de esterilização forçada, em 1927 (SANDEL, Michael. *Contra a Perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 79).

²⁰ MUKHERJEE, Siddhartha, *op. cit.*, p. 96.

²¹ SANDEL, Michael, *op. cit.*, p. 80.

²² MUKHERJEE, Siddhartha, *op. cit.*, p. 170.

O movimento eugenista diminuiu; as pesquisas no campo da genética, não. Em 1953, Watson e Crick descobrem a estrutura de dupla hélice do DNA e a cada dia as letras “ATCG”,²³ em pares, passam a significar algo além de grafemas do sistema alfabético. A cada descoberta sobre os genes, homens e mulheres dão mais um passo em direção ao domínio daquilo que os constitui. Dois problemas são levantados: a segurança dos cientistas e as questões morais por trás das manipulações que se faziam.²⁴ Retorna-se à intervenção nos seres humanos, porém, agora, a intervenção será genética. Aquela anterior, da velha eugenia, olhava para atributos e características de homens e mulheres (o fenótipo) para realizar a seleção daquilo que julgava-se ser o melhor; esta, a nova eugenia, se volta aos genes para realizar a seleção.²⁵ O Estado participou ativamente daquela eugenia; enquanto que desta nova, não participaria, pois as escolhas seriam dos particulares em relação à vida do outro. Assim, a decisão sobre a vida do outro permanece sendo realizada por terceiro e podendo ainda ter uma finalidade de customização e de seleção, apenas altera-se esse terceiro: do Estado para os pais. Chega-se ao confronto entre criador e criatura e com as possibilidades dadas a esse criador, que são extensas e acrescidas no decorrer das décadas: exames pré-natais, a criação de bancos de esperma²⁶ e a seleção das características do material genético do doador de gametas, o diagnóstico genético pré-implantacional, a seleção de embriões com a testagem para doenças hereditárias graves, para olhos azuis, para sexo, dentre outras características.

No entanto, a sombra das atrocidades cometidas à luz da antiga visão eugênica paira sobre as biotecnologias e, conforme Sandel, muitos argumentam não passar a “eugenia liberal” de uma forma privatizada, de livre mercado, da eugenia, ao mesmo tempo em que os defensores argumentam ser diferente, pois há escolhas a serem feitas livremente.²⁷ A eugenia liberal seria uma forma de “melhoramentos genéticos não coercitivos, que não restringiriam a autonomia da criança”, afirmam os seus defensores.²⁸ É dizer, diferencia-se essa eugenia, pois os projetistas dos filhos passam a ser os pais e apenas melhorando traços

²³ Refere-se aqui às bases nitrogenadas adenina guanina, citosina e timina, as quais forma o DNA (MUKHERJEE, Siddhartha. *O Gene: Uma história íntima*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 166).

²⁴ *Ibidem*, p. 272.

²⁵ *Ibidem*, p. 325.

²⁶ Refere-se, aqui, quanto à tentativa de criação de um banco de esperma de ganhadores do Prêmio Nobel, o chamado banco dos gênios, visando à geração de crianças inteligentes (*Ibidem*, p. 326).

²⁷ SANDEL, Michael. *Contra a Perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 81.

²⁸ *Ibidem*, p. 87.

das capacidades, sem prejuízo às possíveis escolhas de vida dos filhos.²⁹ Não há mais qualquer ambição coletiva de melhoramento da sociedade como um todo – trata-se de algo privado. Questiona-se, contudo, “qual é, afinal, a diferença moral entre projetar crianças segundo um propósito eugênico explícito e projetar crianças segundo os ditames do mercado?”, tanto uma prática, quanto a outra, transformariam “as crianças em produtos de projeto deliberadamente selecionado”.³⁰

Os critérios e sujeitos em alguma medida foram alterados, mas ainda há de se voltar a quais são as restrições impostas às interferências possíveis de serem realizadas na vida de outro ser humano, que sequer nasceu para ser pessoa. E é para esse ponto que o Direito tem de se voltar. O retorno às estruturas clássicas do pensamento – consolidadas pela tradição ao longo das décadas – a fim de compreender quais os desafios a intervenção na constituição daquele que virá a ser uma pessoa impõe a institutos basilares do Direito Privado, tais como pessoa e personalidade, liberdade e autonomia.

O nascimento é um importante marco na vida de uma pessoa. É quando, para o Direito Civil, aquele ser concebido se torna pessoa, adquire personalidade jurídica. O significado do ato de nascer – da chegada de um novo ser ao mundo – foi objeto de reflexão, na filosofia, por Hannah Arendt. Na natalidade humana, em contraposição à mortalidade, estaria a capacidade desse recém-chegado ao mundo começar algo novo – em iniciar uma nova história de vida.³¹ Nesse sentido, haveria “o olhar comovido de quem espera curioso pela chegada do recém-nascido”, o qual revelaria a “expectativa do inesperado”.³² Ser início, portanto, é ser livre.³³ Partindo dessa reflexão, para Habermas, a “naturalidade do nascimento” possui um papel essencial nesse “início indisponível” dos seres humanos – o qual é relacionado à noção de liberdade.³⁴ Há relação dessa capacidade de ser início com o agir e com a liberdade, uma vez que

o novo começo inerente ao nascimento pode fazer-se sentir no mundo somente porque o recém-chegado possui a capacidade de iniciar algo

²⁹ SANDEL, Michael. *Contra a Perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 87.

³⁰ *Ibidem*, p. 87.

³¹ ARENDT, Hannah. *Liberdade para ser livre*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018. p. 43-44.

³² HABERMAS, Jürgen. *O futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 81.

³³ ARENDT, Hannah, *op. cit.*, p. 43.

³⁴ HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p. 81.

novo, isto é, de agir. Nesse sentido de iniciativa, a todas as atividades humanas é inerente um elemento de ação e, portanto, de natalidade.³⁵

Em que pese se reconheça serem os homens e mulheres seres condicionados – “porque tudo aquilo com que eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência”³⁶ – e o estudo da condição humana se diferencie do da natureza humana, o questionamento a ser feito é em que medida o condicionamento desse ser humano, previamente à sua chegada ao mundo, através de escolhas no campo da genética, poderá prejudicar essa capacidade de iniciar algo novo inerente a todos. As eventuais implicações da engenharia genética e da seleção embrionária na capacidade de agir da pessoa que nasce transbordam, igualmente, para a noção de liberdade. Ser livre é inerente ao agir, na medida em que “os homens são livres – diferentemente de possuírem o dom da liberdade – enquanto agem, nem antes, nem depois”.³⁷ O homem é início e, também, iniciador.³⁸ Diz-se que a “liberdade é vivenciada como parte de algo naturalmente indisponível”, a pessoa se compreenderia como origem de suas próprias ações.³⁹

Em um futuro condicionado por escolhas prévias de terceiros permanece viável pensar a liberdade de igual modo? Por exemplo, a seleção de embriões do sexo feminino para implantação, motivados pelo desejo de um casal em serem pais de uma menina, não seria uma condição prévia ao agir dessa pessoa que virá ao mundo, em prejuízo de sua liberdade? Ao desejarem uma filha, esses pais não criam expectativas sobre ela que condicionarão a sua vida? Nesse sentido, poderia se compreender que “ter nascido menina como resultado do acaso [...] é qualitativamente diferente de ter nascido uma menina como resultado da escolha do sexo”.⁴⁰ As expectativas dos pais, que escolheram e não deixaram ao acaso o sexo de sua filha, são diversas daqueles que entregaram as chances ao destino.

³⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 12. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 11.

³⁶ *Ibidem*, p. 11.

³⁷ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2016, p. 199.

³⁸ Nesse sentido, afirma Arendt que “[...] o homem é livre porque ele é começo e, assim, foi criado depois que o universo passara a existir [...]. No nascimento de cada homem esse começo inicial é reafirmado, pois em cada caso vem a um mundo já existente alguma coisa nova que continuará a existir depois da morte de cada indivíduo. Porque é um começo, o homem pode começar; ser humano e ser livre são uma única e mesma coisa (ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2016, p. 216).

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 80-81.

⁴⁰ ZATZ, Mayana. *Genética: escolhas que nossos avós não faziam*. São Paulo: Globo, 2011. p. 89.

O ponto, portanto, no campo do Direito, no concernente à liberdade como algo inerente ao agir, é quanto a quais restrições podem – e devem – ser impostas às disposições feitas sobre a vida do outro. Habermas formula a seguinte questão: “é compatível com a dignidade humana ser gerado mediante ressalva e, somente após um exame genético, ser considerado digno de uma existência e de um desenvolvimento? Podemos dispor livremente da vida humana para fins de seleção?”⁴¹ Ou seja, qual o limite entre a intervenção para prevenção de doença e a intervenção para aperfeiçoamento? As intervenções realizadas não colidiriam com a auto-percepção do sujeito criado?⁴²

Cada um é autor de sua própria história, em princípio, e a consciência da indisponibilidade do destino natural é essencial à liberdade. A pergunta que surge é em que medida disposições sobre a vida do outro, ainda no estágio embrionário, saindo do campo da loteria genética e adentrando o campo das escolhas, podem prejudicar a construção dessas histórias futuras? Os questionamentos levantados se relacionam aos direitos da personalidade e ao livre desenvolvimento da personalidade, pois com a proteção da personalidade, o que o Direito tutela “é a identidade, a capacidade da pessoa desenvolver suas características individuais, especiais, o modo de pensar e de agir, sua ideologia, a construção de seus valores, seus sonhos, seu projeto de vida”.⁴³

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – à constituição da personalidade sem a interferência alheia –, compreende o direito geral à liberdade de ação, o qual é interpretado como sendo a “liberdade geral de ação”, isto é, a “a liberdade de fazer e omitir o que se queira”.⁴⁴ Ou seja, é permitido a todos, *prima facie*, agirem e se omitirem como queiram, sem que haja restrições intervindo, ao mesmo tempo em que cada qual tem, também sem restrições *prima facie*, um direito frente ao estado “a que este não impeça suas ação e omissões”.⁴⁵ De forma que o livre desenvolvimento da personalidade passa a compreender todas as “ações dos titulares de direitos fundamentais”⁴⁶ e todas as intervenções estatais nestas ações, além de estender-se, igualmente, como

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *op. cit.*, p. 28.

⁴² *Ibidem*, p. 70.

⁴³ MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, a, v. 2, p.11175-11211, 2013. p. 11177.

⁴⁴ No original: “la libertad general de acción es la libertad de hacer y omitir lo que se quiera”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017. p. 301.

⁴⁵ No original: “a que éste no impida sus acciones y omisiones”. *Ibidem*, p. 301.

⁴⁶ No original: “acciones de los titulares del derecho fundamental”. *Ibidem*, p. 301.

a proteção conferida a posições e situações jusfundamentais – protegendo-se, pois, o ser e o fazer fático e jurídico.⁴⁷

Para além disso, ao referir o exercício de direitos fundamentais, à luz de um direito geral de liberdade, volta-se ao exercício colidente dessas liberdades pelos particulares e às restrições que, diante das circunstâncias do caso concreto, poderão vir a ser impostas em alguma medida a um direito fundamental.⁴⁸ Essa possibilidade de configuração restritiva de um direito fundamental é aplicável à matéria ora estudada, isto é, por vezes os interesses dos pais em determinadas escolhas no campo da genética e da seleção de embriões serão colidentes com as liberdades do ser que virá a nascer e se tornar pessoa autora de sua própria história. Por exemplo, o caso do casal de mulheres surdas que decidiu ter um filho surdo, em decorrência de identificação de uma identidade com a sua comunidade, e busca um doador de material genético com histórico de surdez na família, a fim de garantir o resultado almejado. Neste caso, narrado por Sandel⁴⁹ e por Davis,⁵⁰ o objetivo do casal foi alcançado: o filho nasceu apresentando o gene causador da surdez. Essa escolha violaria a liberdade e a personalidade do ser gerado? Tal interferência deliberada na vida do outro seria passível de restrição?

As disposições sobre a vida do outro visando seja à precaução – na lógica da cura –, seja à customização, atingem as estruturas básicas do pensamento civilista, na medida em que passam a desafiar as clássicas noções de liberdade, personalidade e o seu livre desenvolvimento. De forma que o estudo das possibilidades jurídicas de restrições a tais disposições é imprescindível. Parte-se, pois, a tal estudo, contudo limitando-o às escolhas na utilização do diagnóstico genético pré-implantacional.

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017. p. 301.

⁴⁸ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017. p. 239-197 – e CACHAPUZ, Maria Cláudia. *A obrigação pelo discurso jurídico: a argumentação em temas de direito privado*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2018. p. 125-150.

⁴⁹ SANDEL, Michael. *Contra a Perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

⁵⁰ DAVIS, Dena S. *Genetic Dilemmas: Reproductive technology, parental choices and children's futures*. 2 ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 70-71.

2. *A fábrica de bebês: restrições à utilização do diagnóstico genético pré-implantacional*

A geneticista Mayana Zatz relata que os limites quanto às decisões tomadas em diagnósticos genéticos seriam “muito tênues, como se pode avaliar por questões práticas” e narra ser comum o pedido de pais surdos pela geração de um filho também surdo, bem como ter acompanhado um casal em que ambos eram acronoplásicos e não desejavam que seu filho tivesse estatura normal.⁵¹ Além do narrado, pode-se questionar quanto à possibilidade de diagnóstico de doenças genéticas que apenas se manifestariam tardiamente⁵², portanto assintomáticas no início da vida de qualquer pessoa, como a Doença de Huntington, ou ainda aquelas em que a presença do gene não significará necessariamente a manifestação da doença, pois há influência da interação com o meio. Ou, ainda, a seleção para evitar característica incômodas, como calvície: “você acharia válido selecionar o feto para que ele não tivesse tais incômodos que poderiam eventualmente fazer com que não fosse bem aceito pela sociedade?”⁵³. Mayana narra o caso noticiado dos pais que, diante da ocorrência de câncer de mama hereditário na família, decidiram realizar a seleção de embriões testando para o gene BRCA1. Betsy foi selecionada e nasceu sem essa mutação genética. Como referido pela geneticista,

a história dessa menina trouxe a tona a discussão sobre os limites do DPI porque foi o primeiro caso conhecido de seleção de embrião livre de um gene que aumenta a probabilidade de ter uma doença potencialmente curável [...] O problema é que, uma vez ultrapassado o limite de descartar embriões com genes que causam doenças letais ou altamente incapacitantes, para aqueles associados ao risco de doença futura, fica difícil estabelecer onde parar.⁵⁴

⁵¹ ZATZ, Mayana. *Genética: escolhas que nossos avós não faziam*. São Paulo: Globo, 2011. p. 72.

⁵² Quanto a este ponto, refere Mayana Zatz, no campo do diagnóstico pré-natal, que “outra questão muito importante que costumamos enfrentar: é ético testar crianças para doenças que só se manifestam em adultos? Esses testes são frequentemente solicitados pelos pais. Quando surgiram os primeiros testes genéticos para doenças de início tardio, na década de 1990, não tínhamos nos dados conta do impacto que pode provocar a descoberta de um gene causador de um problema grave em uma criança”. (Ibidem, p. 67). Tão delicada é a questão, que como narra a geneticista, restou decidido “há alguns anos não testar crianças que poderiam ser portadoras assintomáticas de doenças que só iriam se manifestar na vida adulta e para as quais não existe tratamento, apesar de insistência dos pais que queriam seus filhos testados. Não há benefícios nessa descoberta. Ao fazer esses testes, você acaba tirando da criança a opção de decidir no futuro de ela deseja ou não saber se possui esse gene patogênico”. (Ibidem, p. 32).

⁵³ ZATZ, Mayana. *Genética: escolhas que nossos avós não faziam*. São Paulo: Globo, 2011. p. 123.

⁵⁴ Ibidem, p. 123.

O diagnóstico genético pré-implantacional (DGPI) se distingue do diagnóstico pré-natal – realizado durante a gestação e em que há a possibilidade de que o feto com a doença grave detectada venha a nascer. Por sua vez, o DGPI⁵⁵ é realizado no embrião gerado pela fertilização *in vitro*, no laboratório, para seleção dos embriões aptos a serem implantados no útero materno e, em tese, seria disponibilizado para casais que apresentassem risco.⁵⁶ No Brasil, a Resolução 2294/2021-CFM limita a realização do exame a doenças e para compatibilidade HLA, além de, em linha de princípio, limitar a aplicação para seleção de sexo.⁵⁷ Com esse diagnóstico, é possibilitado aos pais escolher gerar um filho livre de doenças genéticas graves, nos limites já conhecidos pela ciência. Este método de diagnóstico não é realizado sem que haja dilemas éticos por trás, em especial “quando se trata de doenças de início tardio ou que estão associadas a um risco aumentado, mas não a uma certeza de doença”.⁵⁸ Poder-se-ia utilizar este método para selecionar o embrião com olhos azuis e descartar os demais com probabilidade para olhos castanhos? E os de olhos verdes?⁵⁹

As intervenções na liberdade do outro têm de ser justificadas, isto é, não de serem dadas razões suficientes a tanto, na medida em que poderão significar uma restrição à liberdade e à identidade genética do outro – além do descarte de embriões. Davis defende que o relevante seria não tanto a natureza da

⁵⁵ Tal procedimento, conforme Zatz, é realizado quando o embrião tem de oito a doze células, previamente à implantação, retirando-se uma das células para examinar a existência de eventuais alterações genéticas – aquelas já conhecidas pela ciência (ZATZ, Mayana. *Genética: escolhas que nossos avós não faziam*. São Paulo: Globo, 2011. p. 70).

⁵⁶ Cf. POMPEU, Tainã Naiara; VERZELETTI, Franciele Bona. Diagnóstico genético pré-implantacional e sua aplicação na reprodução humana assistida. *Reprodução & Climatério*, v. 30, n. 2, p. 83-89, 2015; GERAEDTS, Joep. Embryo selection and democratic control. *MHR: Basic science of reproductive medicine*, v. 24, n. 3, p. 170-172, 2018. p. 171.

⁵⁷ As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças, podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s), devidamente documentada com consentimento informado livre e esclarecido específico. No laudo da avaliação genética, só é permitido informar se o embrião é masculino ou feminino em casos de doenças ligadas ao sexo ou de aneuploidias de cromossomos sexuais.

As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do Antígeno Leucocitário Humano (HLA) do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 2294, de 27 de maio de 2021*. Brasília: 2017. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em 03 jan. 2022).

⁵⁸ ZATZ, Mayana. *Genética: escolhas que nossos avós não faziam*. São Paulo: Globo, 2011. p. 71.

⁵⁹ Remete-se, aqui, a situações narradas na série documentário *Seleção Artificial (UNNATURAL Selection)*. Direção de Leer Kaufman; Joe Egender. S.L: *Netflix*, 2019. Son., color. Legendado).

característica selecionada, quanto as expectativas que motivaram os pais em fazê-lo, na medida em que essas expectativas poderiam ser limitadoras do direito da criança a um futuro com liberdade.⁶⁰ Ao adentrar nas restrições às escolhas disponíveis aos pais no campo da intervenção genética na vida do outro, a primeira consideração a ser retomada é no sentido de quais decisões, embora tomadas em relação ao embrião, terão repercussões relevantes no decorrer do desenvolvimento da personalidade de quem nascer? Será essa vida afetada pelas escolhas retiradas do acaso e trazidas para o campo de decisão dos pais? Por isso, o teste, pelo operador do direito, das restrições a tais escolhas é realizado tomando em conta a pessoa humana – à luz da noção de fim em si mesmo – e do exercício por ela de liberdades. Ao fazê-lo, busca-se frear o tratamento de embriões como meros produtos, passíveis de quaisquer customizações alcançadas pela ciência, pois “esse tipo de controle deliberado de qualidade coloca um novo aspecto em jogo – a instrumentalização de uma vida humana, produzida sob condições e em função de preferências e orientações axiológicas de terceiros”.⁶¹

O avanço das ciências biológicas e da tecnologia “ampliam não apenas as possibilidades de ação já conhecidas, mas também possibilitam um novo tipo de intervenção”.⁶² Em verdade, a expansão das escolhas possíveis implica no alargamento das margens de escolha que a sociedade possuía, na medida em que “o que antes era dado como natureza orgânica e podia quando muito ser cultivado, move-se atualmente no campo da intervenção orientada para um objetivo”.⁶³ As escolhas possíveis, a cada dia que passa e descobertas

⁶⁰ Nesse sentido, refere que “being chosen as a girl through sex selection, involving a huge investment in time, money, and personal inconvenience, will too often, I fear, give parents a sense of entitlement to whatever girl-like qualities the parent was hoping for, or to feeling cheated if the child does not fulfill those expectations”. (DAVIS, Dena S. *Genetic Dilemmas: Reproductive technology, parental choices and children’s futures*. 2 ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 37-38). A noção utilizada pela autora remete ao termo “the child’s right to an open future” desenvolvido por Feinberg, no sentido do conflito entre a autonomia dos pais e a autonomia potencial da criança por nascer, ao distinguir os direitos que os adultos e as crianças possuem, os direitos dos adultos apenas, os direitos próprios das crianças e, por fim, os chamados “rights in trust”, isto é, os direitos que seriam resguardados às crianças quando se tornasse adultos. Na medida em que estes direitos poderiam ser violados, haveria desde logo uma proteção para o exercício futuro. Estes últimos comportariam esse direito a ter um futuro em aberto. Em um cenário de possibilidade de manipulações genéticas, o que teria de ser testado em concreto seria a precedência desse futuro em aberto, em que pese as escolhas feitas pelos pais (cf. FEINBERG, Joel. *Freedom and fulfillment: Philosophical essays*. Princeton: Princeton University Press, 1992. p. 76-97).

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?!*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 43.

⁶² *Ibidem*, p. 17.

⁶³ *Ibidem*, p. 17.

científicas são alcançadas, são alargadas e depende dos sujeitos como será utilizada essa possibilidade disponibilizada⁶⁴ – até onde irá chegar. Nesse sentido, cabe, também, realizar tal exame por um viés jurídico, testando os limites a serem impostos ao mercado.

Ao se tornar cada vez mais possível escolher o DNA dos filhos, surge o alerta para o caminho em que passe a ser tratado como as opções genéticas feitas para um produto, desafiando as tão caras noções de liberdade e de dignidade da pessoa humana. Por isso, a discussão de forma séria sobre as restrições à livre utilização das biotecnologias, neste momento, se faz imprescindível – inclusive confrontando as possibilidades de intervenções genéticas aos limites morais do mercado.⁶⁵ Ou seja, o debate sério sobre as margens de decisão alargadas pelas descobertas no campo da biotecnologia é imperioso. O avanço dos argumentos em favor da maior abertura dessa margem de decisões que se mostra possível, sem a prévia apreciação dos desafios às estruturas do pensamento moral e jurídico, pode levar à consolidação de determinado estado na esfera pública em que o retorno ao ponto anterior se torne difícil. É dizer, há de se pensar em tempo nas restrições possíveis⁶⁶ à luz do pensamento jurídico.

Na realidade, a seleção de embriões para prevenir a implantação daqueles que virão a se tornar pessoas diagnosticadas com doenças hereditárias graves já ocorre. Discussão diversa é a realização do mesmo exame para seleção e intervenção em genes com a finalidade de aperfeiçoamento ou de escolha de atributos cuja ausência ou presença não importaria em prejuízo à sobrevivência, tais como a seleção de sexo, cor dos olhos, etc. A fronteira, pois, entre a lógica da prevenção e o aperfeiçoamento – este numa lógica eugênica – é nebulosa. Em princípio, não haveria objeção à testagem de embriões para seleção daqueles que não apresentassem genes para doenças hereditárias graves – como, tay-sachs, distrofias musculares progressivas, dentre outras; nestes casos haveria configurado até mesmo uma inexigibilidade de conduta diversa desse pais a quem foi oferecida tal oportunidade. A margem decisória dos genitores progressivamente avança em zonas cinzentas, como a seleção

⁶⁴ HABERMAS, Jurgen. *O futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 18.

⁶⁵ À luz do trabalhado por Michael Sandel, ainda que quanto ao avanço do mercado em outras áreas. A reflexão se mostra similar, pois, em analogia ao referido por Sandel, quando do “triumfalismo do mercado” o debate necessário não ocorreu e, como consequência, “sem que nos déssemos conta, sem mesmo chegar a tomar uma decisão a respeito, fomos resvalando da situação de ter uma economia de mercado para a de ser uma sociedade de mercado”. (SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 16).

⁶⁶ HABERMAS, Jurgen, *op. cit.*, p. 27.

para prevenir doenças de manifestação tardia ou cuja anomalia apenas indicaria uma probabilidade de futuro diagnóstico, bem como a escolha por gerar uma criança, por exemplo, com o gene causador da surdez ou do nanismo por motivos de reconhecimento com determinada comunidade. Passados tais casos, chega-se, progressivamente, às decisões sobre atributos tidos como mais “fúteis”, isto é, sem grave prejuízo na história de vida de alguém – tais como, sexo, altura, cor dos olhos, cabelo, doença com probabilidade de se manifestarem no futuro. Contudo, interessante observar que estas escolhas localizadas mais ao extremo dessa margem decisória construída pela evolução da biotecnologia, acabam se configurando como aquelas cuja potencialidade de interferência na autoria de sua própria história pode ser mais considerável, na medida em que passa a se condicionar e, ao fundo, a criar expectativas quanto à qual história essa pessoa escreverá – além do fato de que, aqui, haverá o nascimento de alguém e, não, o descarte de embriões. Em outras palavras, como e qual personalidade será desenvolvida.

Essa é uma das grandes questões que repercutem no campo jurídico: quais as restrições possíveis de serem impostas ao livre exercício da liberdade reprodutiva e de planejamento familiar, através de diagnósticos genéticos, quando contrapostos com a liberdade do ser gerado.

III. De parentes a entulho: “Escolhas que nossos avós não faziam”

Qual o limite da autonomia dos pais no planejamento de sua família? Pode o Estado intervir em sua autonomia? Como é a relação de parentesco na reprodução assistida? Quem pode ser considerado pai? Quem pode ser considerado mãe? O que ocorre quando o material genético criopreservado não atende mais ao planejamento da família? Como decidir o futuro dos embriões que foram deixados para trás? Esses e outros questionamentos serão melhor analisados na segunda parte desse trabalho.

1. “Filhos da ciência”: a reprodução assistida como projeto parental

Em um mundo distópico determinado pela excelência genética, os pais de Vincent Freeman assustam-se com o prognóstico de vida de seu filho concebido naturalmente: em poucos segundos após o parto, os médicos apresentam-lhes a análise de sua fita genética: Vincent, um “filho de Deus”, considerado inválido, não deveria viver mais do que até os 30 anos, diante de

uma predisposição genética para problemas cardíacos. Diante do prognóstico arrasador, os pais de Vincent decidem que seu segundo filho seria um “filho da ciência”, escolhido e desenvolvido em laboratório, de modo que pudesse ter uma vida distante de doenças genéticas e com maiores chances de sucesso, inclusive no mercado de trabalho.⁶⁷

A reprodução assistida trata-se uma tecnologia criada pela ciência, a fim de viabilizar a realização do projeto parental por pessoas que desejam ter filhos biológicos, mas que, por algum motivo, não possuem condições suficientes para a fertilização natural. Desde o nascimento de Louise Brown, a primeira bebê de proveta em 1978, na Inglaterra, a ciência cada vez mais vem buscando propiciar a concepção em laboratório, possibilitando a realização do projeto parental por casais inférteis, homossexuais ou famílias monoparentais.⁶⁸

As novas técnicas de reprodução assistida propiciam a grupos sociais afastados do discurso político o exercício do direito ao livre planejamento familiar, constitucionalmente garantido.⁶⁹ O artigo 226 da Constituição Federal é expresso ao garantir a tutela especial à família.⁷⁰ Pela primeira vez, o texto constitucional trouxe a proteção da família não apenas constituída através do casamento, mas de diversas entidades familiares, como a formada pela união estável e a família monoparental, formada por pais ou mães solteiros.⁷¹

Os membros da família possuem liberdade para se relacionar da forma que melhor entenderem, de modo que o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, expressamente reconhece o planejamento familiar como de livre decisão do casal, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade

⁶⁷ GATTACA. Direção de Andrew Niccol. Produção de Danny Devito, Michael Shamberg, Stacey Sher. Roteiro: Andrew Niccol. S.L.: *Columbia Pictures*, 1997. (106 min.), son., color. Legendado.

⁶⁸ RODRIGUES, Edwirges Elaine. Famílias ectogenéticas: a necessidade de normatização da reprodução assistida e regulamentação das suas consequências jurídicas. *civilistica.com*, v. 9, n. 2, p.1-21, 2020.

⁶⁹ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. A autonomia reprodutiva da mulher e o acesso às técnicas de reprodução humana assistida à luz da jurisprudência. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Gênero, vulnerabilidade e autonomia: repercussões jurídicas*. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 417-434. p. 420.

⁷⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 06 jan. 2021).

⁷¹ Art. 226. [...] §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, Constituição (1988), *op. cit.*).

responsável.⁷² O Código Civil, ademais, veda a intervenção de qualquer pessoa, pública ou privada, na comunhão de vida da família.⁷³

As técnicas de reprodução assistida não apenas auxiliam os casais a realizar o sonho de formar uma família, mas também propiciam às mulheres que exerçam sua autonomia existencial, através da possibilidade de criopreservação de seus óvulos e tecidos germinativos.⁷⁴ Tendo em vista que cada vez mais as mulheres têm postergado a maternidade, a fim de buscar melhores oportunidades no mercado de trabalho, algumas empresas como o Facebook e a Apple têm oferecido auxílio às suas funcionárias para que possam criopreservar seus gametas.⁷⁵

Através da adoção de técnicas de reprodução assistida, ademais, casais homossexuais podem realizar seu desejo de constituir uma família, diante do emprego de técnicas de fertilização *in vitro* e de gestação por substituição. Recorda-se que, em 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade das uniões estáveis homoafetivas, fazendo jus aos mesmos direitos e deveres que casais heterossexuais.⁷⁶

O exercício da liberdade, entretanto, não pode ser absoluto. Para que o ambiente familiar possa cumprir seu papel como instrumento de desenvol-

⁷² Art. 226 [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 06 jan. 2021).

⁷³ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família (BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 06 jan. 2021).

⁷⁴ GOZZO, Débora. Reprodução humana assistida e autonomia existencial da mulher. *Revista Direitos Fundamentais e Alteridade*, Salvador, v. I, n. 1, p. 23-42, jul./dez. 2017. p. 24

⁷⁵ TRAN, Mark. Apple and Facebook offer to freeze eggs for female employees: Facebook will pay up to \$20,000 while apple will provide perk from january in effort to attract more women. *The Guardian*. Londres, 15 out. 2014. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2014/oct/15/apple-facebook-offer-freeze-eggs-female-employees>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁷⁶ Em 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a Arguição de Preceito Fundamental nº 132 reconheceu a constitucionalidade das uniões estáveis entre casais de mesmo sexo. Destaca-se emblemático trecho do voto do Ministro Marco Aurélio: “Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, julgado em 05 maio 2011. DJe: 14/10/2011).

vimento da personalidade de seus integrantes, é necessário que exista, sim, liberdade e democracia dentro da família. Contudo, quando as pessoas não estão em posição de igualdade substancial, é necessária sua proteção diferenciada, a fim de garantir a proteção da sua vulnerabilidade.⁷⁷

A paternidade responsável, portanto, é um balizamento ao princípio do livre planejamento familiar. A liberdade de se planejar uma família encontra seus limites exatamente no lugar do futuro filho, uma vez que implica a concepção de um terceiro, que não participou da escolha.⁷⁸ Nesse sentido, questiona-se: quais os limites à liberdade de planejar uma família?

Em 2011, um casal que havia contratado a fertilização *in vitro* no Paraná questionou a maternidade do hospital em que a mãe deu à luz a trigêmeas sobre a possibilidade de deixar uma das três bebês para adoção, uma vez que seu projeto parental apenas englobava a ideia de ter duas filhas, e não três. O caso foi amplamente noticiado em diversos veículos de notícias por todo o país e causou comoção nacional.⁷⁹

O Conselho Tutelar foi imediatamente informado do caso pelo hospital e, cerca de um mês após o nascimento, as trigêmeas foram encaminhadas a um abrigo, momento em que se iniciou uma disputa pela guarda das filhas pelo casal posteriormente arrependido do abandono. Os pais chegaram a perder o poder familiar de uma das trigêmeas, mas conseguiram reverter a decisão junto ao Tribunal de Justiça do Paraná.⁸⁰

Uma vez tratar-se de segredo de justiça, e diante das proporções nacionais que o caso tomou, o Tribunal de Justiça do Paraná retirou do diário de justiça as páginas que continham informações sobre o processo.⁸¹ Sabe-se

⁷⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Direito de família*. Organização Gustavo Tepedino. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 16.

⁷⁸ GOZZO, Débora. Reprodução humana assistida e autonomia existencial da mulher. *Revista Direitos Fundamentais e Alteridade*, Salvador, v. I, n. 1, p. 23-42, jul./dez. 2017. p. 29.

⁷⁹ JUSTI, Adriana; SGARBE, Vinícius. Para especialistas, pais de trigêmeas descumpriram deveres familiares: caso em Curitiba é de 'anúncio de abandono' e não é crime, diz advogada. para estudioso, 'se não podem cuidar de um, não podem cuidar de três'. *G1*. Rio de Janeiro, 05 abr. 2011. Disponível em: <http://glo.bo/1Rdg7Xl>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁸⁰ CARAZZAI, Estelita Hass. Trigêmeas de Curitiba devem continuar com os tios, decide Justiça. *Folha de S. Paulo*, Curitiba, set. 2011. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2011/09/978589-trigemeas-de-curitiba-devem-continuar-com-os-tios-decide-justica.shtml>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁸¹ GERAL, Arquivo. TJ-PR retira de página decisões sobre trigêmeas. *Jornal de Brasília*, Brasília, abr. 2011. Disponível em: <https://jornaldebrasil.com.br/noticias/brasil/tj-pr-retira-de-pagina-decisoes-sobre-trigemeas/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

que as bebês ficaram sob a guarda provisória dos tios, mas que aos genitores arrependidos foi concedido o direito de conviver com as filhas.⁸²

O caso das trigêmeas do Paraná parece exemplificar os limites, embora muitas vezes nebulosos, que a liberdade de se planejar uma família muitas vezes encontra: a proteção dos direitos dos filhos planejados e não planejados. O melhor interesse das crianças e adolescentes frutos do planejamento familiar deve sempre prevalecer, uma vez tratar-se de direito fundamental constitucionalmente tutelado, *ratio* justificadora do princípio da responsabilidade parental.⁸³

De qualquer sorte, questiona-se a possibilidade de o Estado limitar a liberdade de planejar uma família. Ante a omissão do legislador brasileiro a respeito da temática, a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina autoriza a possibilidade de doação de gametas e tecidos germinativos, bem como a cessão de útero para implantação de embriões de terceiros. Consoante determinado no dispositivo deontológico, a doação de gametas ou embriões, bem como a cessão de útero, não poderão ter caráter lucrativo ou comercial.⁸⁴

Tratando-se de um dispositivo administrativo, questiona-se a vedação do caráter oneroso da doação de gametas e da cessão de útero. Alguns estudiosos da matéria entendem por correta a vedação, diante de uma possível mercantilização do corpo da mulher, bem como tendo em vista o caráter não oneroso dos direitos da personalidade.⁸⁵ Por outro lado, há aqueles que

⁸² A despeito das diversas buscas realizadas a respeito do caso, não se conseguiu qualquer acesso aos resultados do processo, tendo em vista que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná não autoriza acesso aos julgamentos de processos que correm em segredo de justiça. Tampouco foi possível obter qualquer nova informação sobre o desfecho do caso junto aos principais sites de notícias do país.

⁸³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Direito de família*. Organização Gustavo Tepedino. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 19.

⁸⁴ IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES 1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. [...] VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSAOTEMPORÁRIA DO ÚTERO) [...] 2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 2168, de 21 de setembro de 2017*. Brasília: 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 28 mar. 2021).

⁸⁵ Gozzo e Ligiera entendem que os direitos reprodutivos, considerados direitos da personalidade, não devem ter caráter oneroso, senão excepcionalmente em casos definidos pela legislação civil (GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos. civilistica.com*, v. 5, n. 1, p.1-21, 13 jul. 2016. p. 14-15).

sustentem a inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez não ter competência para restringir liberdades.⁸⁶

O impasse a respeito da restrição ao caráter oneroso da gestação por substituição pode ser vislumbrado em diferentes países. No Reino Unido, pioneiro nas técnicas da fertilização *in vitro*, desde 1985 a Surrogacy Arrangements Act autoriza a gestação por substituição como caráter excepcional, vedando contratos onerosos.⁸⁷ Ao contrário, no Estado da Califórnia, nos Estados Unidos, o Código da Família autoriza a gestação por substituição a qualquer título, inclusive em caráter oneroso. Nos Estados Unidos, a propósito, a questão não é pacífica, uma vez que os estados membros possuem autonomia para legislar sobre a questão. O famoso caso de Baby M, que ocorreu em Nova Jersey, por exemplo, reconheceu a ilegalidade da gestação por substituição em caráter oneroso.⁸⁸

Malgrado a vedação pelo dispositivo deontológico, muito se ouve falar em casos de cessão de útero onerosa no Brasil. Em São Paulo, no mercado clandestino, mulheres chegam a cobrar mais de cem mil reais para a gestação de bebês. O mesmo ocorre com a “doação” de óvulos, ofertados por até quarenta mil reais. Tais casos ficam à margem da norma, diante de ausência de regulamentação legal ou punição.⁸⁹

⁸⁶ De Sá e Rettore acreditam ser possível a liberdade da mulher que opta por ceder o útero em caráter oneroso, tendo em vista a ausência de legislação proibitiva. Esta última, ademais, questiona como seria possível a limitação de alguns direitos da personalidade em caráter oneroso, como ocorre com contratos de reality shows, e não em outros casos, como a cessão temporária de útero (DE SÁ, Maria de Fátima; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A gestação por substituição vista como um contrato em prol da garantia de segurança jurídica aos participantes e à criança a nascer. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renato de Lima. *Contratos, família e sucessões*: diálogos complementares. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p.113-134).

⁸⁷ SURROGACY Arrangements Act. UK:1985. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> Acesso em: 28 mar.2021.

⁸⁸ A Suprema Corte de Nova Jersey, em 1986, reconheceu a ilegalidade do contrato de gestação por substituição por remuneração no Caso Baby M, em que Mary Beth Whitehead foi contratado pelo casal Elisabeth e William Stern para que concebesse o filho do casal, fecundada artificialmente com o sêmen de William, pela remuneração de 10 mil reais. Mary Beth, contudo, recusou-se a entregar o bebê quando do seu nascimento, alegando não poder prever o vínculo afetivo que manteria com o bebê quando da celebração do contrato. A Suprema Corte de Nova Jersey, então, determinou que a mãe do bebê seria a gestante, rejeitando a possibilidade de comercialização do corpo feminino (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. v.6. 11. ed. rev. e atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2019. p. 601).

⁸⁹ APESAR de proibido, mulher vende barriga de aluguel por R\$100 mil. *Uol*, São Paulo, 16 jun. 2013. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/06/16/apesar-de-proibido-mulher-vende-barriga-de-aluguel-por-r-100-mil.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021. Recorda-se, por oportuno, que a despeito da gratuidade do ato, a gestante fará jus à assistência médica e psicológica a ser custeada pelos interessados na gestação, bem como aos alimentos gravídicos, que se destinam justamente à manutenção material da gestante durante o período gestacional.

A gestação por substituição, ademais, coloca em xeque a presunção de maternidade desde os tempos romanos entendida como certa (*mater semper certa est*): uma vez sendo possível a gestação de um bebê com material genético de terceiros, não é mais certa a maternidade da mãe que gerou o filho. Questões complexas sobre o parentesco se apresentam com as novas técnicas de reprodução assistida: o que se entende pelo significativo mãe? Quem pode ser entendida como “a mãe”: a que cede o material genético, a que gesta o bebê em seu ventre, ou a que contrata o procedimento de fertilização *in vitro*?

No Reino Unido, percebe-se a priorização do vínculo materno com a gestante: o estabelecimento da filiação é sempre feito em relação à gestante, mas podem os pais genéticos requerer judicialmente o registro da filiação, nos seis meses seguintes ao nascimento, sendo garantido o direito de arrependimento da gestante naquele mesmo prazo.⁹⁰ Já no Brasil, o Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça autoriza o registro do filho nascido por meio de técnica de reprodução assistida em nome dos pais genéticos, independentemente de constar, na declaração de nascido vivo, o nome da parturiente.⁹¹

A questão da filiação nos casos de reprodução assistida provoca os mais assíduos debates na academia: para Nora Lloveras e Marcelo Salomón, a maternidade deve ser atribuída à pessoa que teve vontade de ter aquele filho e assumiu a condição de mãe, embora tenha empregado para a fecundação um óvulo ou útero alheio.⁹² Embora não haja legislação suficiente no Brasil sobre o tema, o Código Civil timidamente admite a presunção da paternidade dos filhos gerados por reprodução assistida.⁹³ A maternidade, entretanto, segue sendo “certa”. Maria Berenice Dias aponta que, em verdade, a legislação não presumiria a maternidade, mas sim a fidelidade da mulher, não cogitando a

⁹⁰ CARVALHO, Vélia Margarida Torres. *A gestação de substituição: problemática do direito ao arrependimento*. 2020. 48 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/92813>. Acesso em: 28 mar. 2021. p. 21.

⁹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017*. Brasília: 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁹² LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009. p. 197.

⁹³ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 06 jan. 2021).

mãe ser outra que não aquela que gestou o filho durante o casamento com o marido.⁹⁴

2. *O futuro do passado: a questão dos embriões excedentários*

Se, enquanto parte de um projeto parental, os embriões representam um potencial de vida, de família, situações distintas podem ser encontradas quando já não mais presentes as possibilidades de concepção. A Lei nº 11.105 de 2011, Lei de Biossegurança, autoriza, em seu artigo 5º, a utilização de células-tronco embrionárias humanas produzidas por fertilização *in vitro* para fins de pesquisa e terapia. Para tanto, é necessário que os embriões sejam considerados inviáveis, ou tenham sido congelados por mais de três anos. Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos pacientes.⁹⁵

O Supremo Tribunal Federal, em 2008, respondendo à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 proposta pelo Procurador Geral da República, decidiu pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança, no que se refere à possibilidade de doação de embriões para pesquisa científica. Entendeu a Corte não se tratar de violação de direito à vida, firmando o entendimento de que, para que se exista vida humana, é preciso que o embrião seja implantado no útero humano. O embrião ainda não implantado, portanto, representaria apenas um potencial de vida, mas não a vida em si.⁹⁶

Os países que autorizam a pesquisa com células-tronco embrionárias por marco legal, semelhante ao Brasil, são Reino Unido, Espanha, Finlândia, França e Suécia, dentre outros. Na contramão da maioria dos países europeus,

⁹⁴ “Mas o que a lei presume, de fato, nem é o estado de filiação, é a fidelidade da esposa ao seu marido. Com base no “dever” de fidelidade da mulher, e não na sua fidelidade “efetiva”, é que se formou a regra *pater est*.” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12 ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 414).

⁹⁵ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (BRASIL. *Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005*. Brasília: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11105.htm. Acesso em 28 mar. 2021).

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, julgado em 29 maio 2008. DJe: 28/05/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 05 jan. 2021.

a Itália proíbe a pesquisa com células-tronco embrionárias, uma vez que a *Legge 24 Febbraio 2004, n. 40*, reconhece o embrião como sujeito de direitos desde o momento da fertilização. A Alemanha, por sua vez, proíbe o uso de embriões alemães, mas permite a pesquisa com embriões estrangeiros.⁹⁷

De qualquer sorte, é consenso nas legislações da grande maioria dos países que autorizam a pesquisa com células-tronco embrionárias que os embriões excedentários apenas poderão ser utilizados para pesquisa com o consentimento dos pacientes.⁹⁸ Segundo determina a Resolução nº 2.168/2017, no momento da criopreservação dos embriões os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino dos embriões em caso de separação do casal, doenças graves ou falecimento. Nesse caso, podem os pacientes optar pela doação dos embriões a terceiros, ou para fins científicos.⁹⁹

Interessante estudo etnográfico realizado pela antropóloga Débora Allebrandt em uma clínica de fertilização *in vitro* em Porto Alegre/RS demonstrou que a grande maioria dos casais que procuraram as técnicas de reprodução assistida naquela clínica manifestou sua vontade em doar os embriões excedentários criopreservados nos casos de separação, doença grave ou falecimento quando do momento de contratação do serviço. Entretanto, o médico responsável pela clínica informou que apenas poderia proceder com o envio dos embriões para estudos científicos com a anuência expressa dos pacientes, o que acabava por não ocorrer na prática.¹⁰⁰

Discute-se sobre a suficiência do documento inicial de cadastro dos pacientes, em que devem indicar o futuro dos embriões criopreservados, se bastaria ou não para suprir o consentimento em caso de descarte pela clínica ou doação para pesquisa. Em São Paulo, um casal buscou o Centro de Referência de Saúde da Mulher para realizar o procedimento de fertilização *in vitro*, gerando um filho sadio. Na ocasião, foi informado de que, ao menos, quatro embriões excedentes estariam em condições de ser congelados. Dois

⁹⁷ DINIZ, Debora; AVELINO, Daniel. Cenário internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias. *Rev. Saúde Pública*, [online], v.43, n.3, p. 541-547, 2009. p. 545.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 545

⁹⁹ V- CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES [...] 3. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 2168, de 21 de setembro de 2017*. Brasília: 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 28 mar. 2021).

¹⁰⁰ ALLEBRANDT, Débora. Negociando o Destino dos Embriões Humanos Produzidos na Reprodução Assistida: Criopreservação, descarte, doação e seus agenciamentos em uma clínica de Porto Alegre. *Revista Intersações*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 114-140, jun. 2018. p. 114-140.

anos mais tarde, o casal buscou novamente o hospital para realizar uma segunda fertilização e foi informado de que não existiam embriões congelados em seu nome. O hospital foi, então, condenado a indenizar o casal, diante do descarte dos embriões sem o seu consentimento.¹⁰¹

A Resolução da classe médica, nesse contexto, determina que os embriões criopreservados poderão ser descartados, doados para adoção ou pesquisa científica após três anos, se essa for a vontade expressa dos pacientes, ou se forem abandonados pelo mesmo período.¹⁰² A adoção do significante “abandono” pelo dispositivo deontológico tensiona o debate acerca do potencial de vida dos embriões criopreservados: a palavra abandono carrega consigo um sentido de ausência de afeto, relaciona-se com o parentesco, com aquela família que já não mais deseja aquela possibilidade futura de filho. Entretanto, o descarte do material genético e a possibilidade de indenização pecuniária representa a possibilidade de tratar o embrião como “coisa”.¹⁰³

Nesse ponto, chama a atenção trecho da Exposição de Motivos da Resolução CFM nº 2.013 de 2013, em que José Hiran da Silva Gallo, Coordenador da Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 1.358/92 afirma que “uma insistente e reiterada solicitação das clínicas de fertilidade de todo o país foi a abordagem sobre o descarte de embriões congelados, alguns até com mais de 20 (vinte) anos, em abandono e entulhando os serviços.”¹⁰⁴

Daí porque se optou pela escolha do título da segunda parte desse presente estudo: “de parentes a entulho”. Ora, parece tênue a linha entre os diversos significantes possíveis ao embrião criopreservado: entre potencial de vida e abandono, parente e entulho. A negociação do destino dos embriões

¹⁰¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 0212660-67.2008.8.26.0000*, Terceira Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Antônio Carlos Malheiros, julgada em 7 ago.2012.

¹⁰² 4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes. 5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados. Parágrafo único: Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Exposição de Motivos da Resolução nº 2.013 de 09 de maio de 2013*. Brasília: 2013).

¹⁰³ ALLEBRANDT, Débora. Negociando o Destino dos Embriões Humanos Produzidos na Reprodução Assistida: Criopreservação, descarte, doação e seus agenciamentos em uma clínica de Porto Alegre. *Revista Interseções*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 114-140, jun. 2018. p. 114-140.

¹⁰⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 2013 de 09 de maio de 2013*. Brasília: 2013. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013> Acesso em 13 abr. 2021.

perpassa, portanto, entre o passado, presente e futuros possíveis daquela vida em potencial.¹⁰⁵

O SisEmbrio, Sistema Nacional de Produção de Embriões, criado pela Resolução de Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), em 2008, objetiva conhecer o número de embriões humanos produzidos pelas técnicas de fertilização *in vitro*, atualizar e divulgar informações e indicadores de qualidade. O 13º Relatório do Sistema Nacional de Embriões, publicado em 2020, demonstrou que o número total de embriões congelados em 2009 foi de 100.380, apresentando um crescimento de 211% se comparado a 2012, quando havia, no Brasil, 32.181 embriões congelados.¹⁰⁶

Os dados mais interessantes do Relatório dizem respeito ao número de embriões transferidos e classificados como inviáveis: 25.949 foi o total de embriões transferidos para o ventre materno, por procedimentos técnicos apropriados, enquanto 83.236 foi o total de embriões considerados inviáveis, por apresentarem problemas de desenvolvimento, atendendo ao disposto no capítulo V, item 4, da Resolução 2.168 de 2017. Entretanto, curioso é observar que apenas 22 embriões foram doados para pesquisa no mesmo ano.¹⁰⁷

A diferença exorbitante entre o número de embriões considerados inviáveis e aqueles que foram efetivamente doados para a pesquisa leva a crer que, malgrado toda a boa intenção do dispositivo deontológico de garantir a viabilidade de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, parece este não ser o destino escolhido por grande parte dos pacientes que contratam as técnicas de reprodução assistida. Uma vez sendo considerados inviáveis para a concepção, a escolha pelo destino dos embriões parece ser tema tortuoso

¹⁰⁵ Destaca-se, por oportuno, trecho da entrevista do Dr. Alves, interlocutor da antropóloga Débora Allebrandt, no estudo etnográfico realizado em uma clínica de reprodução assistida em Porto Alegre, em que o médico comenta sobre a necessidade de consentimento dos pacientes para proceder com o descarte dos embriões criopreservados: “Isso é infernal, mas temos que fazer! É um horror! Veja só, muitas das nossas pacientes se desiludem com a RA. A gente não promete o que não pode cumprir, todos sabem das taxas de sucesso, mas há aqueles que ficam amargurados... não querem mais falar disso, têm raiva da clínica... outros já tiveram seus filhos e esqueceram dos embriões... ou não conseguem decidir se vão utilizar ou não. Enquanto isso nossos tanques [de nitrogênio] estão cheios [de embriões]. O que você tem que ver é que a gente não pode fazer nada sem o consentimento por escrito. Precisamos disso pra fazer qualquer coisa.” (ALLEBRANDT, Débora. Negociando o Destino dos Embriões Humanos Produzidos na Reprodução Assistida: Criopreservação, descarte, doação e seus agenciamentos em uma clínica de Porto Alegre. *Revista Interseções*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 114-140, jun. 2018. p. 132).

¹⁰⁶ Brasil. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). *13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio*. Brasília: Anvisa, 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoIOTVjMDYxOGMtMmNiYy00MjQ3LTg3Y2ltYTAxYTQ4NTkxYjFkIiwidCI6ImI2N2FmM-jNmlLWMzZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVIZGQ4MSJ9&pageName=ReportSection770f72a0c-ca27de07030>. Acesso em: 28 mar. 2021.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

para os pacientes que, muitas vezes, frustram-se com a técnica, optando por manter os embriões inviáveis resguardados nos tanques de nitrogênio. A não-escolha pelos pacientes revela-se, portanto, também uma escolha: pelo silêncio, no impasse entre parentes e entulho, passado e futuro.¹⁰⁸

O impasse na decisão pelo destino dos embriões criopreservados passa também por terreno suntuoso nos casos de divórcio ou dissolução da união estável do casal de pacientes antes interessado pela reprodução assistida. Embora devam os pacientes sinalizar sua vontade a respeito do destino dos embriões excedentários nesses casos, como determina a Resolução 2.168/2017, como resolver o impasse entre um casal que se divorcia e um deseja manter os embriões, enquanto o outro opta por descartá-los?

O primeiro caso documentado nesse sentido diz respeito ao caso Davis v. Davis, no estado do Tennessee, Estados Unidos, em 1992. Com o fim do relacionamento, Mary Sue Davis desejava transferir para seu útero os embriões criopreservados, na tentativa de engravidar mesmo após o divórcio. O ex-marido Junior Davis, no entanto, desejava mantê-los congelados até que se sentisse pronto para descartá-los ou transferi-los. A Suprema Corte Americana decidiu que, quando não houvesse acordo entre os pacientes, ou acordo pré-existente, a parte que desejasse evitar a concepção deveria prevalecer.¹⁰⁹

Em São Paulo, herdeiros ajuizaram ação de reconhecimento e declaração de inexistência do direito de utilização *post mortem* dos embriões deixados pelo falecido pai, que se encontravam sob a custódia do Hospital Sírio Libanês, proibindo a viúva de implantá-los. O Tribunal de Justiça do estado decidiu por reformar a sentença de procedência, reconhecendo a viabilidade de implantação dos embriões criopreservados pela viúva, diante da existência de declaração expressa de “opção de encaminhamento de material criopreservado em caso de doença incapacitante, morte, separação ou não utilização no prazo de 3 anos ou 5 anos” firmada por ambos os pacientes, em que optaram que os embriões criopreservados permaneceriam na custódia do cônjuge sobrevivente.¹¹⁰

A possibilidade de reprodução assistida *post-mortem*, a propósito, é permitida pela Resolução nº 2.168/17, em seu capítulo VIII, desde que haja

¹⁰⁸ ALLEBRANDT, Débora. Negociando o Destino dos Embriões Humanos Produzidos na Reprodução Assistida: Criopreservação, descarte, doação e seus agenciamentos em uma clínica de Porto Alegre. *Revista Interseções*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 114-140, jun. 2018. p. 137.

¹⁰⁹ NEVES, Gustavo Kloh Muller; COELHO, Maria Manuela dos Santos. Os embriões criopreservados excedentários na dissolução da sociedade conjugal. *civilistica.com*, v. 9, n. 3, p.1-29, 22 dez. 2020. p. 3.

¹¹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1082747-88.2017.8.26.0100*, Nona Câmara de Direito Privado, Relatora Desembargadora Ângela Lopes, julgada em 19 nov.2019.

prévia e específica autorização do falecido.¹¹¹ A presunção da paternidade *post mortem*, entretanto, não é absoluta: ainda que o cônjuge ou companheiro falecido tenha fornecido o material genético, não se presume o consentimento para a inseminação após a sua morte. Somente se houver expressa autorização para implantação após o falecimento é possível realizar o procedimento. Do contrário, os embriões deverão ser descartados.¹¹²

IV. Considerações finais

O presente estudo buscou analisar os limites éticos e jurídicos das intervenções genéticas em embriões, tanto do aspecto do livre desenvolvimento da personalidade dos filhos frutos das técnicas de reprodução assistida, quanto pela perspectiva do exercício do livre planejamento familiar. Buscou-se entender quais seriam as restrições aplicáveis no processo decisório sobre a vida do outro, no campo da reprodução assistida e do destino a ser dado aos embriões excedentários confrontados com a autonomia familiar.

Verificou-se que a reprodução assistida no Brasil não é regulamentada por lei. Diante da lacuna legal, o Conselho Federal de Medicina vem, desde 1992, disciplinando a matéria, buscando acompanhar as mudanças sociais. Atualmente, a Resolução 2.168 de 2017 disciplina normas éticas na utilização de técnicas de reprodução assistida.¹¹³

Nesse sentido, foi objetivo do presente estudo testar a suficiência da regulamentação brasileira existente sobre a temática, atendendo-se às questões relativas às escolhas realizadas em relação aos embriões e voltadas ao diagnóstico pré-implantacional. Foi possível entender, portanto, que, a despeito do silêncio do legislador brasileiro, o exercício da autonomia dos pais no planejamento de sua família encontra limites justamente na pessoa daquele futuro filho, tanto no que se refere às possíveis escolhas sobre sua futura vida, a partir da manipulação genética do embrião, bem como também se tratando de questões referentes à dinâmica familiar.

¹¹¹ VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 2168, de 21 de setembro de 2017*. Brasília: 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 28 mar. 2021).

¹¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12 ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.p. 423

¹¹³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, *op. cit.*

Desse modo, o livre planejamento familiar, princípio e direito fundamental constitucionalmente previsto, deve ser sempre relativizado buscando-se preservar o melhor interesse das crianças e adolescentes, uma vez que vulneráveis. As intervenções genéticas e técnicas de reprodução assistida, assim, devem sempre estar alinhadas à paternidade responsável, priorizando-se o livre desenvolvimento da personalidade do futuro filho planejado no seio da autonomia familiar.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

ALLEBRANDT, Débora. Negociando o Destino dos Embriões Humanos Produzidos na Reprodução Assistida: Criopreservação, descarte, doação e seus agenciamentos em uma clínica de Porto Alegre. *Revista Interseções*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 114-140, jun. 2018.

APESAR de proibido, mulher vende barriga de aluguel por R\$100 mil. Uol, São Paulo, 16 jun. 2013. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/06/16/apesar-de-proibido-mulher-vende-barriga-de-aluguel-por-r-100-mil.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

ARENDT, Hannah. *Responsability and judgment*. Nova Iorque: Schocken Books, 2003.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 12. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2016.

ARENDT, Hannah. *Liberdade para ser livre*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Comentários por Clóvis Beviláqua. Edição histórica. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1929.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jan. 2021.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 06 jan. 2021.

BRASIL. *Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005*. Brasília: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em 28 mar. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). *13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio*. Brasília: Anvisa, 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoioTvjMDYxOGMtMmNlYy00MjQ3LTg3Y2ItYTAxYTQ4NTkxYjFkIiwidCI6ImI2NzFmMjNmLWZjMjMtNGQzNS04MGM3LWl3MDg1ZjVlZGQ4MSJ9&pageName=ReportSection770f72a0cca27de07030>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, julgado em 05 maio 2011. DJe: 14/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, julgado em 29 maio 2008. DJe: 28/05/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 05 jan. 2021.

BUCHANAN, Allen *et al.* *From Chance to Choice: Genetics and Justice*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *A obrigação pelo discurso jurídico: a argumentação em temas de direito privado*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2018.

CACHAPUZ, Maria Claudia. O conceito de pessoa e a autonomia de data (ou sobre a medida da humanidade em tempos de inteligência artificial). *Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC: Journal of Contemporary Private Law*, online, n. 20, 2019.

CARAZZAI, Estelita Hass. Trigêmeas de Curitiba devem continuar com os tios, decide Justiça. *Folha de S.Paulo*, Curitiba, set. 2011. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2011/09/978589-trigemeas-de-curitiba-devem-continuar-com-os-tios-decide-justica.shtml>. Acesso em: 13 abr. 2021.

CARVALHO, Vélia Margarida Torres. *A gestação de substituição: problemática do direito ao arrependimento*. 2020. 48 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/92813>. Acesso em: 28 mar. 2021.

CHINELATO, Silmara. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 2013 de 09 de maio de 2013*. Brasília: 2013. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013>. Acesso em 13 abr. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Exposição de Motivos da Resolução nº 2.013 de 09 de maio de 2013*. Brasília: 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 2168, de 21 de setembro de 2017*. Brasília: 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 28 mar. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 2294, de 27 de maio de 2021*. Brasília: 2017. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em 03 jan. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017*. Brasília: 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 13 abr. 2021.

DAVIS, Dena S. *Genetic Dilemmas: Reproductive technology, parental choices and children's futures*. 2 ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

DE SÁ, Maria de Fátima. RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A gestação por substituição vista como um contrato em prol da garantia de segurança jurídica aos participantes e à criança a nascer. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renato de Lima. *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p.113-134.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12 ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Almachio. *Introdução e Parte Geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Livraria Fancisco Alves, 1921.

DINIZ, Debora; AVELINO, Daniel. Cenário internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias. *Rev. Saúde Pública*, [online], v.43, n.3, p. 541-547, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. v.6. 11. ed. rev. e atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2019.

FEINBERG, Joel. *Freedom and fulfillment: Philosophical essays*. Princeton: Princeton University Press, 1992.

FERRY, Luc; VINCENT, Jean-Didier. *O que é o ser humano? Sobre os princípios fundamentais da filosofia*. Petrópolis: Vozes, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. 5a ed. Madrid: Editora Cátedra, 2015.

GATTACA. Direção de Andrew Niccol. Produção de Danny Devito, Michael Shamberg, Stacey Sher. Roteiro: Andrew Niccol. S.L.: *Columbia Pictures*, 1997. (106 min.), son., color. Legendado.

GERAEDTS, Joep. Embryo selection and democratic control. *MHR: Basic science of reproductive medicine*, v. 24, n. 3, p. 170-172, 2018.

GERAL, Arquivo. TJ-PR retira de página decisões sobre trigêmeas. *Jornal de Brasília*. Brasília, abr. 2011. Disponível em: <https://jornaldebrasil.com.br/noticias/brasil/tj-pr-retira-de-pagina-decisoes-sobre-trigemeas/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos. *civilistica.com*, [s.l.], v. 5, n. 1, p.1-21, 13 jul. 2016.

GOZZO, Débora. Reprodução humana assistida e autonomia existencial da mulher. *Revista Direitos Fundamentais e Alteridade*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 23-42, jul./dez. 2017.

HABERMAS, Jurgen. *O futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. 22. Ed. São Paulo: Globo, 2014.

JUSTI, Adriana; SGARBE, Vinícius. Para especialistas, pais de trigêmeas descumpriram deveres familiares: caso em Curitiba é de ‘anúncio de abandono’ e não é crime, diz advogada. para estudioso, ‘se não podem cuidar de um, não podem cuidar de três’. *GI*, Rio de Janeiro, 05 abr. 2011. Disponível em: <http://glo.bo/1Rdg7XI>. Acesso em: 28 mar. 2021.

LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e a construção do biodireito. *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n. 2, p. 61-81, jul. 2001.

MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, a, v. 2, p.11175-11211, 2013.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro: Subsídios históricos para o novo código civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MUKHERJEE, Siddhartha. *O Gene: Uma história íntima*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 166.

NEVES, Gustavo Kloh Muller; COELHO, Maria Manuela dos Santos. Os embriões criopreservados excedentários na dissolução da sociedade conjugal. *civilistica.com*, [s.l.], v. 9, n. 3, p.1-29, 22 dez. 2020.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. A autonomia reprodutiva da mulher e o acesso às técnicas de reprodução humana assistida à luz da jurisprudência. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Gênero, vulnerabilidade e autonomia: repercussões jurídicas*. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 417-434.

- POMPEU, Tainã Naiara; VERZELETTI, Franciele Bona. Diagnóstico genético pré implantacional e sua aplicação na reprodução humana assistida. *Reprodução & Climatério*, v. 30, n. 2, p. 83-89, 2015.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral t. I*. São Paulo: Bookseller, 1999.
- RODRIGUES, Edwirges Elaine. Famílias ectogenéticas: a necessidade de normatização da reprodução assistida e regulamentação das suas consequências jurídicas. *civilistica.com*, [s.l.], v. 9, n. 2, p.1-21, 2020.
- SANDEL, Michael. *Contra a Perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 0212660-67.2008.8.26.0000*, Terceira Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Antônio Carlos Malheiros, julgada em 7 ago. 2012.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1082747-88.2017.8.26.0100*, Nona Câmara de Direito Privado, Relatora Desembargadora Ângela Lopes, julgada em 19 nov. 2019.
- SEMIÃO, Sérgio A. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015.
- SHELLEY, Mary. *Frankenstein*. Porto Alegre: L&PM, 2018.
- SURROGACY Arrangements Act. UK:1985. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>. Acesso em: 28 mar.2021.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Direito de família*. Organização Gustavo Tepedino. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- TRAN, Mark. Apple and Facebook offer to freeze eggs for female employees: Facebook will pay up to \$20,000 while apple will provide perk from january in effort to attract more women. *The Guardian*. Londres, 15 out. 2014. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2014/oct/15/apple-facebook-offer-freeze-eggs-female-employees>. Acesso em: 28 mar. 2021.
- UNNATURAL Selection. Direção de Leeor Kaufman; Joe Egender. S.L: *Netflix*, 2019. Son., color. Legendado.
- ZATZ, Mayana. *Genética: escolhas que nossos avós não faziam*. São Paulo: Globo, 2011.

Direitos da personalidade em conflito: as particularidades das biografias e do direito autoral

Mariana Teixeira Fortes*

Taís Bigarella Lemos**

Sumário: I. Introdução. II. Direitos da personalidade e conflitos com as liberdades de expressão e de informar. 1. A ponderação entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. 2. Pessoas de vida pública e as biografias não autorizadas. III. Direito autoral enquanto direito da personalidade e os conflitos decorrentes. 1. A faceta moral do direito autoral. 2. Conflitos com o direito de imagem. IV. Considerações finais.

I. Introdução

Na busca por uma nova ordem de valores fundada na proteção da condição humana após as duas guerras mundiais, começa a preocupação com a vulnerabilidade da pessoa, criam-se laços de solidariedade e nasce o propósito de preservação da humanidade. Em atenção a esta realidade que, em 1948, se aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que reconhece a *dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis* como *fundamento da liberdade, da justiça e da*

* Bolsista CAPES, mestranda em Direito, vinculada ao Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA) junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sob orientação da professora Dr^a Ms. Lisiane Feiten Wingert Ody. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS (2019). Advogada. E-mail: marianafortes94@gmail.com.

** Mestranda em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sob orientação da professora Dr^a Ms. Lisiane Feiten Wingert Ody. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS (2018). Advogada. E-mail: taisbigarella@gmail.com.

paz no mundo. Assim, consagrava-se a dignidade humana como valor-guia nas constituições da segunda metade do século XX.¹

Nesse contexto, o Brasil destacou no seu ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana, sendo fundamento de todos os demais princípios constitucionais. Ainda assim, definir a dignidade da pessoa humana não é fácil, mas está na ideia de que a *espécie humana tem qualidade tida como inerente, ou atribuída, a todo e qualquer ser humano*.² Em outras palavras, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é o *valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana*.³

Em breve retrospecto histórico, as primeiras aparições dos direitos de personalidade surgiram com os jusnaturalistas no século XIX para designar direitos inerentes ao homem, direitos esses preexistentes ao reconhecimento pelo Estado. Adriano de Cupis afirmou *serem direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, ou seja, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal*.⁴ Porém, não havia um consenso sobre quais seriam esses direitos, os mais falados eram direito ao corpo, à honra e à vida, mas outros também falavam em direito ao nome e direito à propriedade. Para parte da doutrina, principalmente a alemã, contudo, não haveria “direitos da personalidade”, mas um único “direito geral da personalidade”.⁵

A ideia de direito geral de personalidade se desenvolveu e se encontra até hoje na Alemanha, que define como um direito do indivíduo ao respeito de sua dignidade humana e de desenvolvimento de sua personalidade individual (*Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit*), ou seja, se derivou da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.⁶

No contexto alemão de direito geral de personalidade, reconhecido no âmbito do direito civil, cabe salientar que não deve ser confundido o direito

¹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 123-124.

² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 / Ingo Wolfgang Sarlet. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 49.

³ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 125.

⁴ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961, p. 17.

⁵ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 128.

⁶ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, [s.l.], n. 12, p. 211-232, 2019. p. 215.

reconhecido constitucionalmente como direito fundamental. Com o aumento das interferências nas esferas (*Sphärentheorie*)⁷ privadas das pessoas, são necessárias novas formas de proteção. Assim, o direito geral de personalidade se apresenta como um direito moldura, de modo que ele apenas emoldura seu âmbito de proteção.

No que diz respeito ao ordenamento brasileiro, o Código Civil de 2002 dedicou um capítulo a alguns direitos de personalidade, são eles: direito ao próprio corpo, ao nome, à honra, à imagem e à privacidade; porém, tal rol tem caráter não taxativo e não existe uma ponderação entre eles. Anderson Schreiber então afirma que o tratamento normativo apresentado é insuficiente e anacrônico, pois deixa de oferecer parâmetros ao intérprete para ponderações diante de outros interesses mercedores de tutela.⁸

Para que exista uma proteção eficaz dos direitos de personalidade, fundamental a identificação de suas características essenciais: (i) extrapatrimoniais (não é possível sua avaliação econômica); (ii) generalidade (assegurados a todos para a promoção da dignidade humana); (iii) absolutos e oponíveis *erga omnes*; (iv) não taxatividade (a ausência de previsão legal não impede outras formas de manifestação); (v) imprescritíveis (podem ser exercidos a qualquer tempo) e inalienáveis, intransmissíveis e indispensáveis (restringem-se a pessoa do titular como manifestação essencial da sua dignidade).^{9,10}

Nesse sentido, Otávio Luiz Rodrigues Junior afirma que os direitos da personalidade são *um reconhecimento da dignidade da pessoa, apesar e além das relações de poder, e devem ser respeitados, independentemente de qualquer formalismo, positividade ou tipicidade*.¹¹ Assim também, Rubens Limongi França constatou que os direitos de personalidade são direitos autônomos,

⁷ A vida das pessoas tem diferentes esferas de proteção, sendo reconhecida a existência de três esferas, cuja intensidade de proteção será maior ou menor na medida em que uma lesão ocorra em uma esfera mais externa ou mais interna da personalidade, são elas: individual (*Individualsphäre*), secreta (*Geheimsphäre*) e privada (*Privatsphäre*). Atualmente outros autores denominaram: íntima (*Intimsphäre*), privada (*Privatsphäre*) e pública (*Öffentlichkeitssphäre*). ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, [s.l.], n. 12, p. 211-232, 2019. p. 228-229.

⁸ SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 231-264.

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 130.

¹¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direitos fundamentais e direitos da personalidade. In: DIAS TOFFOLI, José Antonio (Org.). *30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 683.

isto é, *faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da pessoa, assim como suas emanações e prolongamentos*.¹²

Quanto às classificações existentes no que diz respeito aos direitos de personalidade, Adriano de Cupis, em sua monografia, assim especificou: direito à vida e à integridade física; direito sobre as partes destacadas do corpo e direito sobre o cadáver; direito à liberdade; direito ao resguardo (à honra, ao resguardo e ao segredo); direito à identidade pessoal (ao nome, ao título e ao sinal pessoal) e o direito moral do autor.¹³ Orlando Gomes, por sua vez, dividiu em duas classes: direitos relativos à integridade física (à vida, ao próprio corpo, no todo ou em partes, e ao cadáver); e direitos relativos à integridade moral (à honra, à liberdade, ao recato, ao segredo, à imagem, ao nome e o direito moral do autor).

Outros autores, como Limongi França e Carlos Alberto Bittar, distribuíram em três categorias de direitos: físicos (direito ao corpo, membros e à imagem), psíquicos (liberdade, intimidade e sigilo) e morais (identidade, honra e manifestações de intelecto). O que se verifica é que esses direitos se referem, de um lado, à pessoa em si e, de outro lado, à sua posição perante outros seres na sociedade, com o modo de ser da pessoa e suas projeções na coletividade.¹⁴

De todo modo, a proteção da personalidade de uma pessoa não é absoluta, encontrando limites nos direitos de outra pessoa. Desse modo, surge a situação de violação dos direitos de personalidade, o que dependerá então de uma ponderação entre os direitos que estão a exigir proteção.

O presente trabalho abordará direitos da personalidade em conflito, em um primeiro momento no que se refere às liberdades de expressão e de informar *versus* a liberdade artística, materializada na questão das pessoas de vida pública e a publicação de biografias não autorizadas. Posteriormente, em um segundo momento, definir o direito moral do autor enquanto direito da personalidade e verificar os seus conflitos com outros direitos, como aquele relacionado à imagem.

¹² FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de direito civil. 4. ed. rev. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1, 1980, p. 145.

¹³ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47-49.

II. Direitos da personalidade e conflitos com as liberdades de expressão e de informar

A liberdade de expressão é um direito constitucional e caracteriza-se pelo direito de receber, acessar ou difundir informações, cabendo diferenciar da liberdade de imprensa, que é prerrogativa exclusiva de jornalistas.¹⁵ A liberdade de informação é indispensável para a preservação da democracia, se subordinando a um controle no que diz respeito à veracidade da informação, buscando a finalidade específica de informar a sociedade.

Uma vez que a liberdade de informação não possui caráter absoluto, não se pode afirmar que essa prevalecerá quando em conflito com direitos da personalidade. Deve-se então recorrer à técnica da ponderação para tentar resolver a colisão. Quanto ao assunto, é necessário salientar que há discordância no tema, enquanto alguns autores preferem a liberdade de informação sobre direitos de personalidade,¹⁶ como no direito norte-americano (*free of speech*); outros defendem o posicionamento europeu que não há tal preferência.¹⁷

Nesse sentido, afirmou Gilmar Mendes que a definição dos limites de liberdade de imprensa e da liberdade artística em relação aos direitos de personalidade, notadamente em relação ao direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, trava uma fundamental discussão acerca da colisão de direitos individuais.

1. *A ponderação entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade*

Inicialmente, salienta-se que a Constituição brasileira não admite hierarquia prévia ou preferência entre os direitos fundamentais, de modo que a mesma tutela deferida a liberdade de expressão, informação e livre manifestação, é outorgada aos desdobramentos da dignidade da pessoa humana como direitos fundamentais (como honra, privacidade e imagem). Anderson Schreiber sustenta que se qualquer dos direitos em conflito devesse ter prefe-

¹⁵ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 148.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*, [s.l.], v. 7, p. 204-216, 2016. ISSN 2358-6974. 2016.

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 149.

rência, seria seguramente dos direitos de personalidade, que são manifestação da dignidade humana.¹⁸

Assim, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana constitui a fonte jurídico-positiva e propicia o conjunto dos direitos fundamentais. Deste modo a dignidade da pessoa humana funciona como “cláusula aberta” para respaldar o surgimento de “novos direitos”.¹⁹ Os direitos fundamentais trazem, ainda, elementos essenciais para a democracia.²⁰

Isso faz com que no exercício dos direitos fundamentais, aconteça com frequência o choque entre eles ou com outros direitos e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Isto é, quando o exercício de um direito fundamental de um titular colide com o exercício do direito fundamental de outro titular. Existindo então a colisão, será realizada a ponderação dos bens tutelados envolvidos, visando resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo.²¹ A ponderação é um instrumento de composição das formas jurídicas com a substância com base em fundamentos racionais.²²

Como já mencionado anteriormente, são direitos da personalidade a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, sendo esses também reconhecidos na Constituição Federal (inciso X, artigo 5º). Do mesmo modo, a liberdade de expressão e informação também estão consagrados no texto constitucional, sendo essenciais nos regimes democráticos. Assim, considerando que a Constituição Federal consagra tanto os direitos de personalidade, quanto os direitos fundamentais, quando eles conflitam, estamos, na verdade, perante um conflito entre direitos fundamentais.²³

Apesar disso, Ingo Sarlet refuta equiparação dos direitos fundamentais aos direitos de personalidade, posto que assim como nem todos os direitos fundamentais possuem um fundamento direto e conteúdo em dignidade, é

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 149.

¹⁹ DE FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 151.

²⁰ *Ibidem*, p. 153.

²¹ *Ibidem*, p. 155.

²² DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos do Direito Privado: uma Teoria da Justiça e da Dignidade Humana*. 2ª Edição Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 234.

²³ DE FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 159.

correto também dizer que nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade.²⁴

Para buscar a solução desse tipo de conflito, é necessária a ponderação de alguns requisitos: (i) o público deve ser separado do privado (não se justifica a informação no *inter privado* do sujeito) e (ii) o cumprimento da veracidade (produzir informação correta e honesta). Neste contexto, a ponderação é um método racional, onde se pode fundamentar as condições de preferência referidas.²⁵ Nesse sentido, inclusive, o Enunciado 279 da IV Jornada de Direito Civil entende que o direito à imagem deve ser ponderado com outros interesses constitucionalmente tutelados e que, para tanto, dever-se-á considerar (i) a notoriedade do retratado e dos fatos abordados; (ii) a veracidade destes; e (iii) as características de sua utilização (comercial, informativa ou biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Assim, a ponderação não suscitaria o risco de censura estatal ou de retorno ao autoritarismo, porém o risco surge quando se defende que o interesse da sociedade pela livre informação prevalece sobre interesses individuais.²⁶ Ou seja, o individual deve prevalecer sobre o coletivo, salvo exceções, para se preservar a esfera existencial do ser humano, que não deveria sofrer intervenção sob o interesse coletivo.

Dentre as normas de ponderação, a que mais se destaca será a da proporcionalidade, pois ela fornece o principal critério para a busca de compatibilização de princípios e direitos fundamentais.²⁷ Neste sentido, Alexy entende que a proporcionalidade é elemento necessário para a compreensão de uma teoria dos direitos fundamentais centrada nos princípios.

Isto quer dizer que a máxima da proporcionalidade decorre, portanto, da necessidade de coflexibilização de normas de direito fundamental diante dos conflitos, pois quando uma norma de direito colide com uma norma de direito fundamental antagônica, a realização da primeira dependerá da segunda.²⁸ Necessário é ainda o exame da proporcionalidade em sentido estrito,

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

²⁵ DE FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 159.

²⁶ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 150.

²⁷ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos do Direito Privado: uma Teoria da Justiça e da Dignidade Humana*. 2ª Edição Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 235.

²⁸ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos do Direito Privado: uma Teoria da Justiça e da Dignidade Humana*. 2ª Edição Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 236.

que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.²⁹

Afirma Barroso que o intérprete irá determinar, *in concreto*, quais são as condutas aptas a realizar. Nos casos de colisão de princípios ou de direitos fundamentais, caberá a ele fazer as valorações adequadas, de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer.³⁰ Já que a colisão de direitos fundamentais é um fenômeno contemporâneo e, salvo indicação expressa da própria Constituição, não é possível arbitrar esse conflito de forma abstrata, permanente e inteiramente dissociada das características do caso concreto.³¹

Além disso, Canaris inclui a ideia de que quanto maior o peso do direito fundamental afetado e mais intensa a intervenção, menor a possibilidade de autodefesa do particular, tanto maior a necessidade de se reconhecer um dever vinculativo de proteção do Estado.³² Por isso, a necessidade da ponderação, pois se o interesse público deve ter maior peso relativamente ao interesse particular, sem que diferentes opções de solução sejam ponderadas, então a solução de qualquer forma se daria em favor do interesse público, independentemente dos interesses privados correlacionados.³³

Assim, conflitos entre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade existirão, de modo que a intervenção na liberdade de expressão é, então, contraposta a grande importância da proteção do direito de personalidade.³⁴ Afinal, para determinar a importância da satisfação do princípio da proteção da personalidade é necessário, por sua vez, questionar o que a não-realização

²⁹ DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, 2002, p. 23-50. p. 40.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004. p. 4.

³¹ *Ibidem*, p. 8.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 12, ano 4, p. 63-88, jul./set. 2017. p. 80.

³³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, v. 24, p. 159-180, 1998. p. 165.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 597.

da intervenção na liberdade de manifestação do pensamento significaria para a proteção da personalidade.³⁵

2. *Pessoas de vida pública e as biografias não autorizadas*

A questão, no que diz respeito às pessoas de vida pública e às biografias, é que existirá conflito entre o direito à liberdade de expressão, de informar e artística do biógrafo e o direito à privacidade do biografado. Verifica-se que, inclusive, o legislador ao dispor no artigo 20 do Código Civil,³⁶ tentou tutelar a honra e a imagem, porém tal dispositivo conflita com os direitos constitucionais de liberdade de informação e da livre manifestação do pensamento.³⁷

Tal conflito foi tratado na ação direta de inconstitucionalidade julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2015, na qual, de um lado, se falava em liberdade de expressão, informação, artística e cultural, independente de censura e autorização prévia e, de outro, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Cabe salientar que o voto condutor do julgamento se utilizou de casos de direito comparado, principalmente da jurisprudência alemã para embasar a prevalência da liberdade de expressão, de informação e artística, quando da ocorrência do conflito com direito de personalidade.

Um dos casos³⁸ mais relevantes no direito brasileiro, envolve o cantor Roberto Carlos, que propôs ação contra a editora, devido a exposição no livro de delicados assuntos de sua vida pessoal, como o falecimento de sua mulher, casos amorosos e o acidente em que perdeu a perna. Foi a partir dessa ação que se intensificou o debate nacional, que resultou na ADI proposta pela Associação Brasileira de Editores de Livros, em 2015, já mencionada.

³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015. p. 601.

³⁶ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

³⁷ Art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; e IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

³⁸ Outros casos relevantes no assunto: a biografia de Mané Garrincha, que não se limitou em tratar o futebol do jogador, como invadiu sua vida íntima e de sua família; a biografia de Lampião, onde além de narrar sua história, expos a intimidade do biografado, inclusive afirmando que o cangaceiro seria homossexual, bem como revelando possível infidelidade e questionando a paternidade de sua filha com Maria Bonita.

No julgamento da ADI proposta o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de declarar inexigível a autorização prévia da pessoa biografada, isto é, a exigência de autorização prévia foi considerada inconstitucional, por entender que seria ato de censura, assim, as liberdades de expressão, de informação e artística prevaleceriam sobre o direito à privacidade, honra, imagem e intimidade.³⁹ Além disso, a associação pretendia que não fosse proibida a circulação dos livros pela tutela da honra ou da privacidade do biografado, porém a Corte não acolheu. Desse modo, a biografia poderá tratar de todo e qualquer assunto da vida privada do biografado, sendo que eventual conflito será resolvido por meio de indenização posterior e direito de resposta, uma vez que se reconheceu a preferência da liberdade de expressão sobre a privacidade.

A “solução” de indenização posterior não é a adequada, pois deixa de impedir a conduta lesiva, contrariando inclusive a responsabilidade civil, que pretende prevenir danos ao invés de indenizá-los.⁴⁰ Afinal a lesão a direitos de personalidade é irremediável, não havendo indenização que a apague. Isto é, a indenização não é uma decisão de meio-termo, pois ela permite que ocorra a violação da dignidade da pessoa humana. A honra, a imagem e a privacidade assimilam virtudes próprias e indisfarçáveis.⁴¹

Como solução mais próxima do ideal, deve o intérprete se utilizar da técnica da ponderação, traçando parâmetros que possam ser aplicados à maioria dos casos que exista a colisão de direitos da personalidade e as liberdades de expressão, informação e artística, para fornecer uniformidade nas decisões judiciais. Por exemplo, levar em consideração o maior ou menor grau de exposição pública da vítima é critério relevante para a aferição de possível lesão à honra e para definição do limite à liberdade de expressão.⁴²

Afinal, não se pode esquecer que as pessoas são privadas, por definição, e têm direito a manter longe dos olhos do público aspectos da sua vida íntima.⁴³ Porque se um fato nunca foi revelado, cresce a importância de se tutelar a privacidade dele. Além disso, outros pontos são relevantes de serem analisados,

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.815/DF*. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 10/06/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>.

⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 151.

⁴¹ JABUR, Gilberto Haddad. Biografias versus honra, imagem e privacidade. *Revista de Direito das Comunicações*, São Paulo, v. 7/2014, p. 217-228, jan./jun. 2014. p. 226.

⁴² MENDES, Gilmar. Liberdade de Expressão e Direitos de Personalidade. *Consultor jurídico*, [s.l.], 16 set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-16/direito-civil-atual-liberdade-expressao-direitos-personalidade?imprimir=1>. Acesso em 25 fev. 2021.

⁴³ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 456.

como: (i) a repercussão emocional sobre o biografado, (ii) a importância do fato para a personalidade do biografado, (iii) o envolvimento de terceiros e (iv) o formato de apresentação.

Contudo, se por um lado, temos a importância da privacidade, deve-se também garantir o espaço ao direito-liberdade de criação artística e intelectual do autor, que deve ter seu direito de criação protegido,⁴⁴ como demonstrar-se-á no próximo ponto. Assim, foi quando a liberdade artística em confronto com direitos da personalidade, nas obras que retratam pessoas reais que podem ser identificadas, que tribunais alemães estabeleceram argumentos para guiar as decisões, alguns deles que inclusive foram utilizados no caso das biografias julgado pelo STF.

No caso *Mephisto*,⁴⁵ por exemplo, esclareceu que ainda que a liberdade de arte não esteja submetida a limitações, isto não impede que, em conflito com outros direitos, seja feita a ponderação dos interesses jurídicos. A decisão final consagrou que a liberdade artística não é assegurada ilimitadamente no direito alemão e por isso a publicação foi proibida, pois considerada difamatória e ofensiva à personalidade.⁴⁶

Além desse, outro caso relevante no assunto é o romance *Esra*,⁴⁷ que foi muito criticado por configurar certa limitação artística. Cabe destacar a importância desse caso na análise da interpretação realizada, onde estabeleceu o Tribunal Constitucional alemão a seguinte fórmula: quanto mais uma criação artística atingir uma dimensão protegida de direito de personalidade, como a intimidade, então maior deve ser a ficção, para excluir ofensa a direito de personalidade (*Je-desto-Formel*). Isto é, quanto mais uma obra se distancie da realidade, maior será sua proteção pela Constituição.⁴⁸

⁴⁴ BARBOSA, Fernanda Nunes; COELHO, Ivana Pedreira. A privacidade da pessoa na produção de diferentes formas literárias: o caso das biografias e das sátiras. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 283-304. 488 p. ISBN: 978-85-450-0180-5.

⁴⁵ A obra contava através de personagem fictício a história do ator Gustaf Gründgens, que negou sua consciência e laços humanos e éticos, em busca da carreira artística no período nacional-socialista.

⁴⁶ ODY, Lisiane Feiten Wingert. Biografias: os direitos de personalidade e o direito às liberdades artística, de expressão e de informação nos sistemas jurídicos alemão e brasileiro. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 16, p. 261-294, 2020. p. 273-275.

⁴⁷ O romance com relatos íntimos do amor entre o autor e uma atriz estrangeira, ainda que com o uso de nomes fictícios, pelas descrições existentes era possível identificar as verdadeiras personalidades, o que ofendia sua imagem.

⁴⁸ ODY, Lisiane Feiten Wingert. Biografias: os direitos de personalidade e o direito às liberdades artística, de expressão e de informação nos sistemas jurídicos alemão e brasileiro. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 16, p. 261-294, 2020. p. 276-278.

A grande questão que se verifica é que ao falar em biografias, a dificuldade está em *distinguir os fatos verdadeiros dos fatos fictícios*. A jurisprudência alemã considerou que na maioria dos casos, as pessoas conseguem ter esse discernimento, contudo, tudo dependerá do caso concreto. Para isso então, a fórmula criada pelo caso *Esra, torna os critérios de avaliação pelo Judiciário mais objetivos, assegurando a liberdade criativa, se maior a ficção, e protegendo a personalidade de terceiro, se a obra se aproximar mais da realidade*.⁴⁹

Isso não é o que acontece no caso brasileiro, onde não foram positivados critérios para apreciação dos casos. Aliás, o que se percebe é que sob o argumento de garantir a liberdade artística e de expressão, o STF declarou *inexigível a autorização da pessoa biografada*, pois tal seria considerado censura, sendo que eventual dano será reparado com indenização e o direito de resposta. Ainda, afirmou que *não se poderia anular uma norma por outra constitucional*, menos ainda por uma de hierarquia superior. Contudo, tal argumento não tem razão, além de que se utilizou erroneamente dos conceitos e precedentes alemães, pois *não há direito, ou justiça, quando não há respeito ao outro*.⁵⁰

Cabe salientar que a autorização do biografado dispensada pelo STF, é em muitos países a exigência prevista, visto que prezam pelo respeito à liberdade e igualdade, privacidade e imagem. Desse modo, falar em censura não é correto, pois o indivíduo tem direito de dispor de sua personalidade, que é expressão da dignidade da pessoa. O que se confirma então é que o STF perdeu a oportunidade de enfrentar a diferença nas obras biográficas entre os fatos e as ficções.⁵¹

O direito de escrever do biógrafo compõe as liberdades de expressão, de informação, artística e cultural, desse modo, o autor narra a vida alheia sob sua perspectiva, com pretensão à verdade, fazendo o uso de vestes artísticas.⁵² Mas também, não se pode negar que, do outro lado, há direitos de personalidade, como nome, imagem e privacidade, que possuem a mesma hierarquia constitucional e que também devem ser respeitados. Afinal, como afirma Gustavo Tepedino, *tanto as liberdades de informação e de expressão como a tutela à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade, expressões*

⁴⁹ ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Biografias: os direitos de personalidade e o direito às liberdades artística, de expressão e de informação nos sistemas jurídicos alemão e brasileiro*. Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, Porto Alegre, n. 16, p. 261-294, 2020. p. 286.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 288-189.

⁵¹ *Ibidem*, p. 289.

⁵² *Ibidem*, p. 290.

*da personalidade humana, encontram-se constitucionalmente inseridas no rol das garantias fundamentais.*⁵³

III. Direito autoral enquanto direito da personalidade e os conflitos decorrentes

Assim como a honra, a privacidade, a intimidade e a imagem, direitos relevantes referentes às biografias, tratados em maior evidência no capítulo anterior, o direito moral do autor também é considerado um direito da personalidade. Dessa forma, o autor da biografia, por exemplo, também é sujeito de direitos da personalidade enquanto autor. Ainda, o direito de ser autor igualmente é direito fundamental, conforme artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal, que assim prevê: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”, e inciso XXVIII, “b”, que assegura o “direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

Os direitos autorais, inclusive, não são referidos apenas de forma direta no artigo 5º, mas também no inciso acerca da liberdade de expressão, tratado na primeira parte do presente artigo, uma vez que a liberdade artística faz parte da liberdade de expressão, e a primeira, na sua demonstração individual, é exercida pelo autor. Não por acaso que o inciso IX prevê que é livre a expressão artística, intelectual e científica, essenciais para a produção autoral.⁵⁴

A questão, contudo, é o que faz desse direito autoral um direito da personalidade e, ainda, como tanto, se ele pode entrar em conflito, na prática, com outros direitos também da personalidade. Na segunda parte do presente artigo, então, abordar-se-á a faceta moral do direito autoral, bem como os conflitos com o direito de imagem e a possibilidade de ponderação entre ambos.

⁵³ TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de informação e de expressão: reflexão sobre as biografias não autorizadas. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba*, v. 61, n. 2, p. 25-40, maio/ago. 2016. DOI 10.5380/rfdufpr.v61i2.46157. p. 28.

⁵⁴ GUIMARÃES, Ricardo Duarte; OLIVEIRA, Josinaldo Leal de. A relação dos direitos autorais com outros direitos. In: ASSAFIM, João Marcelo de Lima; DA SILVA, Davi Jose de Souza (Coord.). *Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência*. Florianópolis: CONPEDI, 2019. p. 67.

1. A faceta moral do direito autoral

O primeiro autor a tratar do direito autoral enquanto direito da personalidade foi André Marillot, em 1878. Isso porque foi o primeiro a utilizar a expressão “direitos morais” do autor, como direitos fundados nos direitos da personalidade.⁵⁵ Marillot defendia que os direitos dos autores eram direitos pessoais, ligados, portanto, à pessoa do autor, com caráter de personalidade. Por isso, não estavam no patrimônio e não poderiam ser exercidos pelo credor, como seria o caso do direito de publicar ou reeditar um livro.⁵⁶ Como explica Zanini, o desenvolvimento da ideia dos direitos morais e a própria criação da expressão não foi abrupta, mas estava baseada no desenvolvimento doutrinário existente na Alemanha acerca dos direitos da personalidade, já mencionado na introdução, e também na doutrina francesa, que já vinha desde 1839 considerando a impossibilidade de supressão ou alteração da obra por cessionário, ou mesmo de omissão do nome de autor ou coautor.⁵⁷

Essa concepção de Morillot tem como base a concepção dualista do direito autoral, que reconhece aos autores direitos pecuniários e morais, os últimos, então, fundados em direitos da personalidade.⁵⁸ O direito do autor seria integrado por dois direitos distintos, que não devem ser confundidos: o direito patrimonial, de monopólio sobre a exploração da obra e que pode ser limitado no tempo ou mesmo objeto de cessão parcial ou total; e o direito moral, que assegura os interesses extrapatrimoniais relacionados à obra e é perpétuo e inalienável.⁵⁹ Como no presente artigo está-se tratando especificamente do direito autoral enquanto direito de personalidade, pretende-se, então, analisar essa faceta moral do direito de autor.

Conforme o *caput* do artigo 7º da Lei de Direitos Autorais brasileira, doravante referida apenas pela sua sigla LDA, “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”. Nesse sentido, a legislação concebe a obra autoral como aquela criação do espírito

⁵⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Direito de Autor em Perspectiva Histórica: da Idade Média ao Reconhecimento dos Direitos da Personalidade do Autor. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 204, n. 204-6, p. 167-191, 2018. p. 186.

⁵⁶ MORILLOT, Andre. De la Personnalité du Droit de Publication Qui Appartient a un Auteur Vivant. *Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*, [s.l.], v. 2, p. 29-50, 1872. p. 30-31.

⁵⁷ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Direito de Autor em Perspectiva Histórica: da Idade Média ao Reconhecimento dos Direitos da Personalidade do Autor. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 204, n. 204-6, p. 167-191, 2018. p. 186.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 186.

⁵⁹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 104-114.

do autor, como uma manifestação expressa ou por qualquer meio fixada do seu pensamento. A obra é vista, por essa ótica, como indissociável daquele que a criou, sendo que eventual apropriação por terceiros não caracterizaria apenas uma violação de propriedade, mas de direito de personalidade.⁶⁰

A obra seria, então, uma emanção da personalidade do autor, e também uma expressão da sua liberdade artística e do seu pensamento, pois “capta os [seus] pensamentos e ideais, levando-os para um suporte físico”.⁶¹ Os direitos morais do autor, então, enquanto direitos da personalidade, nascem com a criação da obra, sendo valores inerentes ao criador, e que tem como cerne a criação. Como os demais direitos da personalidade, conforme já referido na introdução, também apresentam as características de serem indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis, de caráter absoluto e perpétuos. São direitos, dessa forma, que nascem com a criação, permanecem com o autor durante toda a sua vida e mesmo após a sua morte.⁶² Como refere Eduardo Manso, o direito moral seria um direito absoluto, vigorando *erga omnes*, estando a sociedade e o próprio Estado vinculados ao seu mais estrito respeito.⁶³

Tratando especificamente da legislação brasileira acerca do tema, na LDA os direitos morais do autor vêm elencados no seu artigo 24.⁶⁴ O primeiro

⁶⁰ MOYSE, Pierre-Emmanuel. La Nature du droit D’auteur: Droit de Propriété ou Monopole. *McGill Law Journal*, [s.l.], v. 43, n. 3, p. 507-564, out. 1998. p. 521.

⁶¹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 155.

⁶² HOTOTIAN, Andrea. A primazia do direito moral de autor como direito da personalidade: aspectos relevantes. In: CORREA; CAPUCHO, Fábio Jun (Coord.). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. São Paulo: Manole, 2019. p. 277.

⁶³ MANSO, Eduardo J. Vieira. Contratos de Direitos Autorais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*. Vol. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011. p. 885-911.

⁶⁴ Art. 24. São direitos morais do autor:

I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III – o de conservar a obra inédita;

IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra;

V – o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI – o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII – o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

direito elencado, no inciso I, é o de reivindicação da obra. Segundo ele, pode o autor, a qualquer tempo, reivindicar a sua paternidade sobre a obra por ele criada. Já no inciso II, consta aquele que talvez seja o direito moral mais conhecido, qual seja, o direito de paternidade. Esse direito é o que garante ao autor ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado, quando da utilização da obra. Os incisos III e IV tratam, por sua vez, de direitos de ineditismo e de integridade da obra. O primeiro, então, se refere ao direito do autor de conservar a sua obra inédita, ou seja, apenas ele pode decidir se aquela obra deve ou não ser publicada, enquanto o segundo garante a possibilidade de oposição à prática de atos que prejudiquem a integridade da obra, ou mesmo atinjam a reputação e a honra do autor.⁶⁵

Quanto ao direito de integridade, é interessante analisar o caso julgado pelo STJ acerca da reexibição da telenovela “Pantanal”.⁶⁶ No caso, ajuizado pelo escritor da telenovela, Benedito Ruy Barbosa, em face da TVSBT, discutia-se a ocorrência de violação ao direito de integridade em razão de cortes de cenas e de supressões de diálogos da obra, alegadamente atingindo a honra e reputação do autor. Também estava em discussão a questão da renúncia a direitos patrimoniais pelo autor, contudo, no presente artigo, por estar-se analisando a faceta moral do direito autoral, a análise será centrada na questão que envolve a integralidade.

Em suma, o autor alegava ter direito a danos morais pela retransmissão da novela pela recorrida, pois sem sua autorização e com alterações indevidas. Originalmente, a obra havia sido transmitida pela Rede Manchete de Televisão, que cedeu os seus direitos de exibição para a ré da ação, TVSBT. Em segundo grau, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo havia dado provimento ao recurso da TVSBT e julgado improcedente o pedido de danos morais, sob o argumento de que, apesar do laudo pericial ter constatado a supressão de trechos e diálogos da obra, a responsabilidade não poderia ser imputada à TVSBT, pois já recebeu os originais cedidos com as modificações. O caso foi decidido no STJ por maioria. O Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva havia negado provimento ao recurso, exatamente em razão da ré já ter recebido os originais com as alterações questionadas, assim, não teria cometido nenhum dano, sendo acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio Belizze. Já os Ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino haviam

⁶⁵ COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 251.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1.558.683/SP*. RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. [...] Recorrente: Benedito Ruy Barbosa. Recorrido: TVSBT Canal 4 de São Paulo S/A. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Relator para o Acórdão: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 15 set. 2016.

entendido pelo provimento do recurso especial, entendendo haver violação tanto de direito material, como de direito moral.

Contudo, acabou vencedor, por maioria, o voto de desempate proferido pelo Ministro João Otávio de Noronha. Apesar do Ministro ter entendido que não houve violação de direitos materiais, consignou que o fato do autor ter renunciado aos direitos patrimoniais não é extensível aos direitos da personalidade, pois esses são intransmissíveis, inalienáveis e irrenunciáveis. Nesse sentido, entendeu como razoável a motivação do recurso, pois os cortes de cenas e supressões de diálogos da telenovela violariam o direito à integridade da obra intelectual e atingiriam a honra e a reputação do autor. Assim, seriam capazes, por si só, de configurar danos morais, reconhecidos como *in re ipsa*. Foi dado, então, por maioria, parcial provimento ao Recurso Especial, condenando a TVSBT ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais, a serem arbitrados na origem.

Analisando o caso, é interessante pontuar que a divergência dos ministros demonstra como o tema ainda não tem uma posição pacífica dos Tribunais Superiores, sendo julgados casuisticamente. Na hipótese, o voto vencedor parece carecer de alguns fundamentos essenciais para a análise da violação do direito moral de integridade. Isso porque sequer menciona o entendimento da origem de que a obra já havia sido recebida pela recorrida com os cortes, de forma que ela não seria a responsável pelas alterações realizadas. Ainda, também não traz os elementos que levaram à convicção de que as supressões realizadas atingiram a honra e a reputação do autor. Poder-se-ia dizer, então, que o julgamento acaba por não analisar corretamente o direito de integridade,⁶⁷ contudo, é um caso interessante exatamente por suscitar o debate e ter votos em diferentes sentidos proferidos pelos Ministros.

Os demais direitos morais dos autores elencados pelo artigo 24 são o direito à modificação, ou seja, de modificar a obra, antes ou depois de utilizada, previsto no inciso V; o direito de arrependimento, qual seja, de tirar a obra de circulação ou de suspender utilização já autorizada, quando afrontar imagem ou reputação; e, por fim, o direito previsto no inciso VII, de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre em legítimo poder de outrem, para fins de, por meio de processo fotográfico ou semelhante, como audiovisual, preservar a memória.⁶⁸ O § 1º do referido artigo, por sua vez, prevê que os direitos morais elencados dos incisos I a IV, quais sejam, os de reivindicação, paternidade, ineditismo e integridade, transmitem-se aos

⁶⁷ ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. Madri, Barcelona, B. Aires, S. Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 115.

⁶⁸ COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 252.

sucessores, por morte. Em caso de obra caída em domínio público, cabe ao Estado a defesa da sua integridade, conforme § 2º do mesmo artigo.

Importante, contudo, atentar para o fato de que esses direitos não devem ser exercidos pelos herdeiros como se fossem o próprio autor da obra, mas tão somente para a defesa do direito da paternidade, até porque, se ocorresse em sentido contrário, poderiam os herdeiros mesmo reconhecer a autoria de obras que sequer foram ligadas à personalidade do autor em vida.⁶⁹ Até por essa razão que os direitos elencados nos incisos V a VII, acima mencionados, não estão contemplados pela previsão do § 1º, pois envolvem decisões que apenas poderiam ser do autor, e não de seus sucessores.

Outrossim, a fim de garantir a observância dos direitos morais dos autores, além da possibilidade das demandas judiciais, também há mecanismos próprios de sanções a violações previstos pela LDA. Eles podem ser tanto administrativos como judiciais, em nível civil ou penal, como a suspensão e interdição de espetáculos; a apreensão de exemplares; a adjudicação de exemplares fraudulentos; ou mesmo a indenização por danos morais.⁷⁰

Nesse sentido, um outro caso interessante no qual pretendia o autor indenização por danos morais em razão de violação de direito moral, é o REsp 1.862.910/RJ,⁷¹ também julgado pela 3ª Turma do STJ, assim como o recurso anteriormente mencionado. A discussão no caso era acerca da ocorrência ou não de prescrição da pretensão de exigir danos morais em razão de violação a direito moral de autor. A alegação do autor era de utilização não autorizada de obras fotográficas de sua autoria em CD. Ele havia realizado os retratos para ilustrar a capa e contracapa do LP, mas não do CD, e na passagem das fotografias de uma mídia para a outra, houve modificações. Entendeu, assim, que violados os seus direitos de modificação da obra e manutenção da sua integridade. A violação teria ocorrido em 2004, enquanto a ação foi ajuizada em 2011.

Em seu voto, o Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino entendeu que, por mais que a imprescritibilidade seja qualidade dos direitos morais em si, a compensação dos danos decorrentes da infração dos direitos morais configura reparação civil e, como tanto, está sujeita ao prazo prescricional de

⁶⁹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 303-304.

⁷⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 217.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1.862.910/RJ*. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. DIREITOS AUTORAIS. [...] Recorrente: Sony Music Entertainment Brasil Ltda. Recorrido: Ivan Jean Louis Pierre Klinggen. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 2 fev. 2021.

três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil.⁷² Esclareceu, contudo, que a pretensão de execução específica dessas obrigações de fazer ou não fazer poderiam ser exigidas a qualquer tempo, como a de ter a paternidade reconhecida, ou de preservar a integridade da obra. Contudo, a reparação prescreveria. Entendeu, então, pela prescrição da pretensão indenizatória.

Interessante analisar, ainda, o voto-vista dado pelo Ministro Moura Ribeiro. No seu voto, o Ministro esclarece que a Corte Superior adota a posição de que o termo inicial para a violação do direito de autor se renova diariamente, por se tratar de ofensa continuada. É nesse sentido, inclusive, que também referem Tepedino, Barboza e Moraes, ao entenderem que as violações a direitos de personalidade se preservam enquanto a personalidade estiver atingida, sendo as pretensões ressarcitórias sempre atuais. Explicam que se a dignidade humana foi atingida, a cada dia se renova a violação à ordem jurídica.⁷³ Contudo, no caso concreto, entendeu o Ministro que como não foi constatado pela origem que a divulgação da obra se prolongou no tempo, tampouco que permanecia em distribuição e circulação no mercado, então realmente seria necessário o reconhecimento da prescrição. Ao fim, por unanimidade, então, entendeu a Turma por dar provimento ao Recurso Especial, reconhecendo a prescrição, pois transcorridos mais de três anos entre a violação (não prolongada no tempo) e o ajuizamento da demanda.

Esclarecidas as características do direito autoral enquanto direito da personalidade, pode-se então passar para a análise, assim como feito na primeira parte do presente artigo, acerca da possibilidade de conflito entre os direitos da personalidade. No próximo subcapítulo pretende-se, então, analisar possíveis conflitos entre os direitos morais de autor e o direito de imagem.

2. *Conflitos com o direito de imagem*

A faceta moral do direito de autor pode, então, por vezes, na prática, entrar em conflito com outros direitos da personalidade. Um dos conflitos mais recorrentes é com o direito de imagem, previsto no artigo 20 do Código Civil.⁷⁴ Aponta José Carlos Costa Netto quatro aspectos que são comuns de ambos os direitos: (i) a relevância constitucional: ambos encontram-se tutelados

⁷² Art. 206. Prescreve:

§ 3º Em três anos:

V – a pretensão de reparação civil;

⁷³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol I. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 366-367.

⁷⁴ Vide nota de rodapé n. 38.

como garantias fundamentais (art. 5º da CF); (ii) o enquadramento como direito da personalidade, tendo, portanto, os atributos de inalienabilidade e irrenunciabilidade (em relação ao direito de autor de natureza moral); (iii) a obrigatoriedade de autorização do titular, salvo exceções; e (iv) a indenizabilidade de natureza moral e patrimonial. Por isso, a primeira conclusão é de que não seria possível a prevalência de um sobre o outro, pois ambos são essenciais.⁷⁵ Contudo, é possível que, em casos concretos, haja intersecção e conflitos entre eles, entrando em cena a necessidade de ponderação.

A imagem é a representação gráfica da pessoa, por meio de reprodução mecânica ou técnica, sendo facultado ao titular do direito (pessoa retratada), evitar a reprodução desautorizada.⁷⁶ Pelo direito à imagem pretende-se, então, proteger a representação física da figura humana, fixada em fotos, filmes, vídeos, pinturas ou quaisquer outros meios, que reproduzam rosto ou parte do corpo, sinais físicos ou gestos, ou o que sirva para distinção e reconhecimento.⁷⁷ Esses meios podem, por sua vez, ser objeto de proteção autoral. O artigo 7º da LDA⁷⁸ traz rol exemplificativo das obras intelectuais passíveis de proteção e, dentre elas, encontram-se diversas obras nas quais pode haver representações de imagens de pessoas. Para citar algumas: as obras artísticas

⁷⁵ COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 69.

⁷⁶ GUIMARÃES, Ricardo Duarte; OLIVEIRA, Josinaldo Leal de. A relação dos direitos autorais com outros direitos. In: ASSAFIM, João Marcelo de Lima; DA SILVA, Davi Jose de Souza (Coord.). *Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência*. Florianópolis: CONPEDI, 2019. p. 72.

⁷⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. A Proteção Aquiliana do Direito à Imagem no Direito Comparado. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 45, n. 144, jun. 2018. p. 289.

⁷⁸ Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

- I – os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
- II – as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza;
- III – as obras dramáticas e dramático-musicais;
- IV – as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
- V – as composições musicais, tenham ou não letra;
- VI – as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
- VII – as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
- VIII – as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
- IX – as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
- X – os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
- XI – as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
- XII – os programas de computador;
- XIII – as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

(inciso I), as obras dramáticas (inciso III), as obras audiovisuais (inciso VI), as obras fotográficas (inciso VII), as obras de desenho e as pinturas (inciso VIII). Ora, evidente que nessas obras pode haver representações físicas de uma pessoa e, conseqüentemente, a possível utilização da sua imagem.

Eugênio Facchini Neto explica que o direito à imagem tem duas vertentes: a vertente positiva, vinculada ao direito da pessoa de gerir a reprodução da sua imagem como entender; e a negativa, relativa à possibilidade de se opor à reprodução ou obtenção da sua imagem sem concordância.⁷⁹ Ao seu turno, como já visto, o autor também tem o direito sobre a obra que produzir, que pode envolver a imagem de terceiro, contudo, a tutela autoral não tem como finalidade a proteção da imagem, mas sim da obra eventualmente resultante do processo de criação intelectual com uso da imagem.⁸⁰ Logo, os direitos do retratado não podem ser confundidos com os do criador da obra intelectual.⁸¹ Enquanto ao autor da fotografia, do retrato, é dada a tutela autoral, ao retratado cabe o direito de imagem, de não ter sua imagem utilizada sem consentimento.

O STJ, inclusive, deixou esse entendimento bem claro ao julgar o REsp 1.322.704/SP.⁸² Tratava-se de ação ajuizada pela atriz Deborah Secco em face da Editora Abril, em razão da republicação, alegadamente indevida, de fotografias da autora, em edição especial de final de ano da revista *Playboy*. Realizou o seu pedido, contudo, invocando artigo da LDA, ou seja, alegando que haveria violação ao seu direito autoral e pleiteando a condenação da ré ao pagamento da multa prevista em contrato e de indenização por danos morais. A 4ª Turma, contudo, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, negou provimento ao recurso, realizando a devida distinção entre os direitos do fotógrafo e os direitos do retratado. Explicou o Ministro que a proteção de direitos autorais se dá à obra fotográfica, sendo o seu titular o fotógrafo, aquele “detentor da técnica e da inspiração, quem coordena os demais elementos complementares ao retrato do objeto – como iluminação –, é quem capta a oportunidade do momento e o transforma em

⁷⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. A Proteção Aquiliana do Direito à Imagem no Direito Comparado. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 45, n. 144, jun. 2018. p. 289.

⁸⁰ RODRIGUES, Cláudia. Direito Autoral e direito de imagem. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 827, p. 59-68, 2004. p. 61.

⁸¹ ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. Madri, Barcelona, B. Aires, S. Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 167.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 1.322.704/SP*. DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM VS DIREITO AUTORAL. ENSAIO FOTOGRÁFICO. [...] Recorrente: Deborah Fialho Secco. Recorrido: Editora Abril S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 23 out. 2014.

criação intelectual”.⁸³ A modelo fotografada, como era o caso da autora, nesse particular, não gozaria então de proteção autoral. Na verdade, a fotografada seria titular de outros direitos da personalidade, como o direito à imagem, à honra e à intimidade, contudo, o pedido foi realizado de maneira equivocada, levando ao correto desprovimento do recurso.

Em sentido contrário, um caso em que o pedido foi feito corretamente foi o REsp 1.594.865/RJ,⁸⁴ de mesma Relatoria do anterior e também em face da Editora Abril, em razão de publicação na Revista *Playboy*. Nesse caso, ajuizado pela atriz Ísis Nable Valverde, o fundamento do pedido era o uso indevido de imagem, em razão de publicação da sua imagem na revista, sem autorização, em fotografia retirada quando estava atuando em cena da novela “Paraíso Tropical”, na qual despencava dos Arcos da Lapa e, involuntariamente, seus seios ficaram à mostra. A publicação inclusive tinha a legenda: “Ísis Valverde, no Rio, dá adeusinho e deixa escapar o cartão de boas-vindas”, divergente da realidade dos fatos.

Foi reconhecido o abuso de uso de imagem, com violação da intimidade e da honra da retratada, sob o fundamento de que a prévia autorização é um pressuposto para a publicação, exposição ou utilização de imagem, sendo, em regra, exigido o consentimento expresso, podendo-se até, a depender do caso, admitir o consentimento presumido, mas com extrema cautela. Ainda, a forma como a autora foi exposta, somada ao contexto da matéria e o viés econômico da publicação, demonstram a abusividade e que foram excedidos os limites da boa-fé e dos bons costumes. Aplicada ao caso a Súmula n. 403 do STJ⁸⁵ e entendido então pela manutenção da decisão da origem que condenou a ré ao pagamento de danos morais e materiais. Nesse caso, então, na ponderação entre a liberdade de expressão da revista e a imagem da retratada, atentando aos critérios como já mencionado na parte 1.1 do presente artigo, acabou-se por entender pela prevalência do direito de imagem, pois a liberdade de expressão estaria limitada à ética do respeito ao próximo e dos

⁸³ Voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, p. 10.

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 1.594.865/RJ*. RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE IMAGEM DE ATRIZ FAMOSA EM REVISTA E SÍTIO ELETRÔNICO DE GRANDE CIRCULAÇÃO. [...] Recorrente: Abril Comunicações S.A. Recorrida: Isis Nable Valverde. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 jun. 2017.

⁸⁵ Súmula 403 STJ: Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos e comerciais.

direitos da personalidade, mesmo de pessoa pública, bem como não haveria interesse público na fotografia publicada.⁸⁶

Tratando de pessoas públicas e da intersecção entre os direitos de autor e da personalidade, também se destaca o caso da campanha publicitária *Unhate*, da *United Colors of Benetton*. A campanha foi lançada em 2011, com o objetivo, conforme a marca, de se opor à cultura de ódio e promover a aproximação entre pessoas, fés e culturas. Para tanto, foram utilizadas fotografias de líderes religiosos e políticos mundiais, normalmente vistos como adversários, para realização de fotomontagens com simulação de beijos entre eles. Dentre outros, foi simulado beijo entre Barack Obama e Hugo Chávez, Angela Menkel e Nicolas Sarkozy e entre o Papa Bento XVI e o proeminente líder religioso islâmico, Sheikh Ahmed Mohamed el-Tayeb.⁸⁷ Analisando os direitos fundamentais e de personalidade já comentados no presente artigo e envolvidos na campanha, poderíamos visualizar o direito de personalidade dos líderes retratados, que teriam então o direito à proteção da sua imagem, bem como da sua honra, as quais poderiam entender como violadas. Ainda, haveria o direito do fotógrafo das fotografias dos líderes utilizadas, que foram alteradas em computador para a simulação dos beijos. Poderia o autor alegar eventual violação ao seu direito moral de integridade, pois a obra foi alterada para os fins da realização da campanha publicitária.

Contudo, poder-se-ia fazer um contraponto ao último argumento no sentido de que realizada, no caso, uma paródia, que são livres desde que não reproduzam integralmente a obra original, conforme artigo 47 da LDA.⁸⁸ Ainda, possível realizar a defesa da campanha publicitária também no sentido de que, no caso, estaria sendo exercida a liberdade de expressão da marca e, portanto, ponderando os direitos da personalidade envolvidos e a mensagem publicitária que se pretendia passar, de oposição ao ódio, prevaleceria o exercício da liberdade. Isso até porque não haveria uma violação intensa de direitos da personalidade, pois é claramente uma fotomontagem, não passando a quem vê, em princípio, a ideia de veracidade.

O caso é interessante exatamente porque suscita esses diversos debates e, o que ocorreu quando do lançamento da campanha, foi que o Vaticano

⁸⁶ DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Liberdade de expressão e direito à imagem: critérios para a ponderação. In: SCHREIBER, Anderson; DE MORAES, Bruno Terra; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini (Coord.). *Direito e Mídia: tecnologia e liberdade de expressão*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 79-80.

⁸⁷ INCZE, Cynthia Bianka et al. Marketing communication analysis of benetton PR campaigns. *Proceedings of the International Conference on Business Excellence*, [s.l.], v. 12, n. 1, p. 457-465, maio 2018. p. 462

⁸⁸ Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

solicitou a *Benetton* a retirada das fotomontagens que retratavam o Papa Bento XVI, por entender ser uma falta de respeito com o Papa e uma ofensa aos fiéis. A *Benetton*, então, após ameaças de ações judiciais pelo Vaticano, decidiu por retirar de circulação a campanha com a imagem do Papa, se desculpando em comunicado pela sua utilização.⁸⁹

Os casos analisados demonstram, portanto, as diversas intersecções existentes entre o direito autoral e o direito de imagem, bem como com os demais direitos da personalidade, e até mesmo a influência da liberdade de expressão, tratada na primeira parte do presente artigo. É imperativo, então, sempre atentar para as suas distinções e, especialmente, para qual o sujeito que é titular de qual direito e as características particulares do caso concreto.

IV. Considerações finais

Assim como há situações que ensejam a ponderação entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e os direitos de personalidade, como honra, imagem, privacidade e intimidade, há também aquelas que ensejam a ponderação e a diferenciação entre os direitos de personalidade dos autores e o direito de imagem do retratado. Por mais que os direitos de personalidade, assim como os de liberdade de expressão, de informação e artística, e todos os demais direitos fundamentais, sejam garantidos a todos os indivíduos, é possível que, por vezes, haja intersecções entre eles e, além disso, que eles entrem em conflito.

Para resolver esses casos complexos, necessária, então, a ponderação e a adoção de critérios específicos de análise. Não basta a utilização de regras prontas e abstratas que prevejam a prevalência de um ou de outro direito, até porque, antes de posta a situação fática, é difícil de verificar qual o direito que deve prevalecer.

Conforme tratado na primeira parte do trabalho, um desses conflitos é o das biografias, que consiste no conflito entre o direito à liberdade de expressão, de informar e artística do biógrafo e o direito à privacidade, à intimidade, à imagem e à honra do biografado. O debate foi levado ao STF que, no julgamento da ADI 4.815/DF, acabou por perder a chance de enfrentar a questão de diferenciar as obras biográficas entre fatos e ficções e, ainda, de talvez estabelecer critérios para a ponderação em casos futuros, apenas entendendo que eventual conflito deverá ser resolvido por indenização posterior.

⁸⁹ INCZE, Cynthia Bianca et al. Marketing communication analysis of benetton PR campaigns. *Proceedings of the International Conference on Business Excellence*, [s.l.], v. 12, n. 1, p. 457-465, maio 2018. p. 462

Quando se fala, por sua vez, das intersecções tratadas na segunda parte do trabalho, entre direito de autor e direito de imagem, ambos direitos da personalidade, é necessária a atenção em saber quem é o titular de cada direito alegado e, ainda, os limites da proteção de cada um. Deve-se atentar aos direitos do autor, mas sem, contudo, esquecer que aquela pessoa que está sendo retratada na obra também tem seus direitos de personalidade, que devem ser igualmente respeitados.

Em verdade, verifica-se que não se pode, em qualquer das hipóteses trazidas no presente artigo, utilizar-se de resposta pronta e abstrata para solução dos conflitos, até porque os próprios casos analisados demonstram as dificuldades que envolvem a compreensão do tema dos direitos de personalidade, seja na particularidade das biografias, seja na particularidade do direito autoral.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015. ISBN: 978-85-392-0073-3.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, v. 24, p. 159-180, 1998.

BARBOSA, Fernanda Nunes; COELHO, Ivana Pedreira. A privacidade da pessoa na produção de diferentes formas literárias: o caso das biografias e das sátiras. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 283-304. 488 p. ISBN: 978-85-450-0180-5.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 1.322.704/SP. DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM VS DIREITO AUTORAL. ENSAIO FOTOGRÁFICO*. [...] Recorrente: Deborah Fialho Secco. Recorrido: Editora Abril S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 23 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1.558.683/SP*. RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. [...] Recorrente: Benedito Ruy Barbosa. Recorrido: TVSBT Canal 4 de São Paulo S/A. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Relator para o Acórdão: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 15 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 1.594.865/RJ*. RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE IMAGEM DE ATRIZ FAMOSA EM REVISTA E SÍTIO ELETRÔNICO DE GRANDE CIRCULAÇÃO. [...] Recorrente: Abril Comunicações S.A. Recorrida: Isis Nable Valverde. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1.862.910/RJ*. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. DIREITOS AUTORAIS. [...] Recorrente: Sony Music Entertainment Brasil Ltda. Recorrido: Ivan Jean Louis Pierre Klinggen. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 2 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.815/DF*. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 10/06/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, 2002, p. 23-50.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DE FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Liberdade de expressão e direito à imagem: critérios para a ponderação. In: SCHREIBER, Anderson; DE MORAES, Bruno Terra; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini (Coord.). *Direito e Mídia: tecnologia e liberdade de expressão*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 79-107.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos do Direito Privado: uma Teoria da Justiça e da Dignidade Humana*. 2ª Edição Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Processo, 2018. 303 p. ISBN 978-85-93741-37-1.

FACCHINI NETO, Eugênio. A Proteção Aquiliana do Direito à Imagem no Direito Comparado. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 45, n. 144, jun. 2018.

FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de direito civil. 4. ed. rev. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1, 1980, p. 145.

GUIMARÃES, Ricardo Duarte; OLIVEIRA, Josinaldo Leal de. A relação dos direitos autorais com outros direitos. In: ASSAFIM, João Marcelo de Lima; DA SILVA, Davi Jose de Souza (Coord.). *Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência*. Florianópolis: CONPEDI, 2019. p. 65-84.

HOTOTIAN, Andrea. A primazia do direito moral de autor como direito da personalidade: aspectos relevantes. In: CORREA; CAPUCHO, Fábio Jun (Coord.). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. São Paulo: Manole, 2019. p. 277-287.

INCZE, Cynthia Bianka *et al.* Marketing communication analysis of benetton PR campaigns. *Proceedings of the International Conference on Business Excellence*, [s.l.], v. 12, n. 1, p. 457-465, maio 2018.

JABUR, Gilberto Haddad. Biografias *versus* honra, imagem e privacidade. *Revista de Direito das Comunicações*, São Paulo, v. 7/2014, p. 217-228, jan./jun. 2014.

MANSO, Eduardo J. Vieira. Contratos de Direitos Autorais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*. Vol. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011. p. 885-911.

MENDES, Gilmar. Liberdade de Expressão e Direitos de Personalidade. *Consultor jurídico*. [s.l.], 16 set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-16/direito-civil-atual-liberdade-expressao-direitos-personalidade?imprimir=1>. Acesso em 25 fev. 2021.

MORILLOT, Andre. De la Personnalité du Droit de Publication Qui Appartient a un Auteur Vivant. *Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*, [s.l.], v. 2, p. 29-50, 1872.

MOYSE, Pierre-Emmanuel. La Nature du droit D'auteur: Droit de Propriété ou Monopole. *McGill Law Journal*, [s.l.], v. 43, n. 3, p. 507-564, out. 1998.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. Biografias: os direitos de personalidade e o direito às liberdades artística, de expressão e de informação nos sistemas jurídicos alemão e brasileiro. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 16, p. 261-294, 2020.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. Madri, Barcelona, B. Aires, S. Paulo: Marcial Pons, 2018.

RODRIGUES, Cláudia. Direito Autoral e direito de imagem. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 827, p. 59-68, 2004.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direitos fundamentais e direitos da personalidade. In: DIAS TOFFOLI, José Antonio (Org.). *30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 679-703.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. ISBN 978-85-7348-957-6.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 12, ano 4, p. 63-88, jul./set. 2017.

SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*, [s.l.], v. 7, p. 204-216, 2016. ISSN 2358-6974.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 231-264.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol I. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de informação e de expressão: reflexão sobre as biografias não autorizadas. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 2, p. 25-40, maio/ago. 2016. DOI 10.5380/rfdufpr.v61i2.46157.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, [s.l.], n. 12, p. 211-232, 2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Direito de Autor em Perspectiva Histórica: da Idade Média ao Reconhecimento dos Direitos da Personalidade do Autor. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 204, n. 204-6, p. 167-191, 2018.

Os desafios na proteção autoral dos bens digitais na internet: os *non-fungible tokens* (NFTS) são a solução?

Jéssica Pinheiro Oyarzábal*

Sumário: I. Introdução. II. O livre acesso às criações digitais na dimensão virtual: do *copyright* ao direito de autor. 1. Da cultura anglo-saxônica do *screenshot* ao *Crt/IV*: o sistema de *copyright* e a proteção dos bens digitais. 2. Os bens digitais desafiam a proteção autoral brasileira?. III. Os Tokens Não Fungíveis (NFTs): a nova moda da tecnologia *blockchain* assegura a proteção autoral dos bens digitais nos distintos sistemas jurídicos?. 1. Os NFTs como mecanismo a reprimir a cópia dos bens digitais na transferência de direitos no sistema de *Copyright Law* norte-americano. 2. Os *Tokens Não Fungíveis* e o Direito Autoral brasileiro: o resguardo da integridade da obra. IV. Considerações finais.

I. Introdução

Os bens digitais recordam as novas tecnologias decorrentes da internet que criaram ambiente que transformou as relações e as situações sociais e jurídicas, tanto no âmbito público como privado. Do computador isolado com internet discada para evolução do computador em rede passando pelos *smar-*

* Jéssica Pinheiro Oyarzábal é bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2013) e mestranda, sob orientação da professora Dr^a Ms. Lisiane Feiten Wingert Ody, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), onde cursou pós-graduação em Direito Internacional em 2014. Advogada. E-mail: jessica@sko.com.br.

tphones ao *blockchain* e criptomoedas, demonstram o avanço da tecnologia e da ciência, fazendo com que novos bens surjam e outros deixem de existir.¹

Os bens, objeto das situações e relações jurídicas, são classificados na parte geral no Código Civil,² como imóvel, móvel, tangível ou intangível, materiais ou imateriais, corpóreos ou incorpóreos entre outras categorias. Estes bens apresentam duas perspectivas como objeto destas relações e situações, dentre quais estão a sua classificação no Código Civil e nas leis especiais cuja origem de categorização remete ao direito romano bem como a ideia de universalidade e direitos em que os bens correspondem ao patrimônio do indivíduo.³

Ocorre que as novas tecnologias desafiam os conceitos clássicos dos bens, sobretudo, quando se trata das criações intelectuais intangíveis que se desenvolvem no formato digital, em rede da internet, e que configuram como parte do patrimônio do indivíduo. Com isto, acontece, igualmente, a transformação da noção de patrimônio que, por ser dotado de valor econômico e, por vezes, sentimental,⁴ torna ainda mais valorativo o conteúdo destes bens na função que desempenham.⁵

No entanto, estes novos bens trazem desafios às legislações civis, especialmente, à proteção autoral das criações intelectuais, no formato digital neste ambiente virtual conectado. Esta dimensão traz a reflexão se os avanços tecnológicos possibilitaram a abertura de novos planos de existência que convivem

¹ Tais como as grandes potências e blocos econômicos já possuem projeto de transmutar suas unidades monetárias para o digital como euro digital, o yuan digital em graus mais avançados de implementação e o dólar digital. O Brasil, por sua vez, também possui projeto de implementação do real digital, ainda que sem previsão de dar início. No entanto, no corrente ano de 2021, pela primeira vez, a Receita Federal exigiu de seus contribuintes na Declaração do Imposto de Renda de 2021, que valores acima de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em criptomoedas fossem declarados (IR 2021: Investiu em bitcoins? Acima de R\$ 5.000 precisa declarar. *Uol Economia*, São Paulo, 28 mar. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/imposto-de-renda/noticias/redacao/2021/03/28/ir-2021-investiu-em-bitcoins-acima-de-r-5-mil-precisa-declarar.htm>. Acesso em: 28 ago 2021.).

² Previstos no Capítulo I, do art. 79 ao 103 da parte geral do Código Civil. BRASIL. *Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

³ MIRAGEM, Bruno. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Grupo GEN e Editora Forense, 2021. p. 340.

⁴ Como exemplo, menciona-se diversas contas em rede social de pessoa falecida em que a família mantém a conta ativa, mesmo após o falecimento. Quando se trata de pessoa pública, redes sociais como *Facebook*, transformam o perfil do falecido. TECHTUDO. Como transformar o perfil de pessoa morta em memorial no *Facebook*?. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2015/02/como-transformar-o-perfil-de-uma-pessoa-morta-em-memorial-no-facebook.ghtml>. Acesso em: 10 nov. 2021.

⁵ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*. V. 1. Rio de Janeiro: Grupo GEN e Editora Forense, 2020. p. 174.

simultaneamente com o mundo físico, o mundo real.⁶ E para entender esta dimensão virtual, deve-se ter em mente que este plano digital, em verdade, corresponde a um grande conjunto de códigos digitais. O acesso a este mundo virtual requer a digitalização dos bens físicos pertencentes ao mundo real que são transmutados para códigos, em nuvem, para este mundo virtual.⁷

Consequentemente, os problemas de reprodução, uso exploração não autorizados destes bens intelectuais intangíveis, como *e-books*, arte digital, fotos entre outros também se convertem para o ambiente virtual, nos diferentes regimes de proteção, seja por *copyright* ou por direito autoral. Embora o registro não seja necessário para reconhecimento destes direitos,⁸ a formalização atribui a noção de segurança ao autor da obra digital, ainda que não impeça sua reprodução não autorizada.

Recentemente, a tecnologia *blockchain* inaugurou *token* não fungível – conhecido como *NFT* – sigla em inglês – que possibilita registrar e atribuir mais segurança às criações digitais. A característica de infungibilidade assegura proteção quanto autenticidade e autoria da obra no ambiente virtual quando transferida a terceiros. Entretanto, indaga-se se esta tecnologia conseguiria resguardar o autor ou titular do bem digital do compartilhamento não autorizado nos distintos sistemas de *copyright* norte-americano e de direito autoral brasileiro, diante da liberdade irrestrita de acesso a conteúdos digitais.

Neste sentido, o presente artigo se propõe, por meio do método do direito comparado, analisar se os *Non Fungible Tokens* (NFTs) conseguem assegurar a proteção autoral dos bens digitais, tanto no sistema norte-americano de *copyright* como no regime de direito de autor brasileiro, observando as peculiaridades de cada sistema, diante dos desafios gerados pelo compartilhamento irrestrito destes bens no ambiente da internet, em razão da característica desta tecnologia ser proveniente do *blockchain*. Assim, a primeira parte do trabalho se propõe analisar os desafios enfrentados em rede da internet, por estes diferentes sistemas, quanto às criações destes bens intangíveis no formato digital. E na segunda parte, verificar a eficácia do *token* não fungível, diante

⁶ ZAMPIER, Bruno. *Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas áreas, moedas virtuais*. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 79-80.

⁷ Assim, as antigas cartas se tornaram os e-mails, a interação social ocorre, em maior parte do tempo, por redes sociais, livros se tornam e-books, acervos culturais foram digitalizados como forma de preservação da história, fotografias, documentos, aulas, palestras são conteúdos que passam a ser digitalizados e se desenvolver em outro plano.

⁸ Com exceção nos Estados Unidos em que para ajuizamento de ações necessário o registro no Copyright Office. ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 74.

do *first sale doctrine* no regime de *copyright* norte-americano e a proteção da integridade da obra no direito de autor brasileiro.

II. O livre acesso às criações digitais na dimensão virtual: do *copyright* ao direito de autor

A virtualização apresenta uma espécie de existência que avança e que produz uma noção de tempo, espaço e limites diferentes do conceito de realidade.⁹ E quando ocorre a transmutação destas relações e situações para o ambiente virtual, deve-se ter como princípio de que, igualmente, ocorre uma mudança da dimensão em que a interação, a contratação, o relacionamento e o consumo de produtos e serviços¹⁰ que se desenvolverão. Tal mudança impacta fortemente na percepção individual e coletiva perante a realidade e como o direito regulará estas relações situações.

Importante observar que, neste sentido, vem ocorrendo transformações da cultura, sobretudo, quanto à forma para lidar com os direitos intelectuais. Principalmente, a proteção autoral e *copyright* nestas dimensões da internet que ocasionam inúmeras situações em que há dúvidas sobre efetividade das legislações vigentes tanto no Brasil¹¹ como nos Estados Unidos,¹² quando ocorre o compartilhamento de fotos, vídeos e conteúdos inéditos, sem autorização do autor.

O livre acesso à internet se refere a possibilidade de uma liberdade irrestrita ao tráfego de informações e de conteúdos que vão desde a expansão de fronteiras digitais e falsas liberalização de uso e compartilhamento de textos, fotos, obras. No entanto, nestas dimensões digitais, os marcos legislativos de proteção autoral não foram revogados e, portanto, permanecem surtindo seus efeitos protetivos e repressivos – ainda que com certa dificuldade.¹³

⁹ ZAMPIER, Bruno. *Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas áreas, moedas virtuais*. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 74.

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 125, p. 1-35, set./out. 2019. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/003-novo-paradigma-tecnologico-e-consumo.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021. p. 1.

¹¹ Como a Lei de Direitos Autorais, Lei nº 9610/98 bem como o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014.

¹² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senate. *Public Law 1-5-204: Digital Millennium Copyright Act*. Disponível em: <https://www.copyright.gov/legislation/pl105-304.pdf>. Acesso em 3 set. 2021.

¹³ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. Revista, atualizada e ampliada por Eduardo C. B. Bittar. 7. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 185.

Ocorre que a facilidade de acesso e a liberdade irrestrita no compartilhamento destes bens digitais de natureza autoral geram insegurança aos titulares destes direitos, na medida em que se deparam com estes conteúdos circulando livremente em plataformas digitais, sites e redes sociais, sem a devida autorização. Esta ilimitada circulação não afeta apenas os indivíduos como autores destes bens digitais, mas também pessoas jurídicas que possuem licença ou autorização para exploração econômica destes direitos.¹⁴

Ainda que ocorra a utilização de notas informativas de que estes bens digitais expostos no ambiente virtual sejam objeto de proteção autoral ou *copyright*, não se mostra suficiente a inibir atos ilícitos que violam a tutela destes direitos por meio do compartilhamento não autorizado. No ambiente físico, o exercício de medidas repressivas se mostra eficaz para abster a circulação da obra, objeto de proteção autoral ou *copyright*. No entanto, tais medidas apresentam limites no ambiente virtual quando se trata de bens digitais.

1. *Da cultura anglo-saxônica do screenshot ao CtrlV: o sistema de copyright e a proteção dos bens digitais*

O ambiente norte-americano foi palco para o surgimento de novas tecnologias que criaram estas dimensões virtuais, dentre as quais estão as redes sociais e websites que possibilitaram trocas de informações e conteúdos entre seus usuários. Iniciando com a plataforma *Six Degrees* em 1997, não demorou muito para que surgisse a plataforma do *MySpace*, nos anos 2000, e a possibilidade de compartilhamento de fotos, vídeos e outros conteúdos por meio de página personalizada pelo usuário.¹⁵

¹⁴ Como exemplo, cita-se os museus que no século XXI, adaptaram-se a utilização da tecnologia digital ao transmutar obras literárias, científicas e artísticas para a dimensão digital tanto como forma de evitar a deteriorização deste ativos, como também facilitar o acesso de seu público. Tradução literal do trecho: "In the 20th century, international museums and governments implemented the digitization plan of various museum collections based on the mission of collection preservation and promotion of cultural policies. Currently, in the 21st century, digital technology is booming, and museums have entered the era of digitization. There are a huge number of digital images. Production allows museums to hold numerous copyrights, signaling an important turning point for image authorization. The international museum community has invested a lot of money and human resources starting more than ten years ago to digitize its collections on a large scale. For example, J. Paul Getty Trust, associated with the Getty Museum, paid US\$ 4.2 million from 1997 to 2002 in funding to establish the "Electronic Cataloguing Initiative", which sponsored 21 Los Angeles area museums whose main collections are visual arts." WANG, Yun-Ciao; CHEN, Chin-Ling; DENG, Yong-Yuan. Authorization Mechanism Based on Blockchain Technology for Protecting Museum-Digital Property Rights. *Applied Sciences*, v. 11, n. 3, p. 1085, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/app11031085>. Acesso em: 10 nov. 2021.

¹⁵ ALSTON, Whitney N. The Power of Social Media as an Evolving Force and Its Impact on Intellectual Property. *Cybaris: An Intellectual Property Law Review*, [s.l.], v. 11, n. 2, p. [i]-33, 2020. p.1.

Com o tempo, novos sites e novas plataformas de interação surgiram na medida em que a tecnologia se desenvolveu: Facebook, Twitter, Google+, Instagram, YouTube, Tumblr, Vimeo, Wikipedia, Pandora, LinkedIn, Kickstarter, Reddit, Pinterest – entre outros – permitindo avanço quanto às formas de interação que deixaram de ser apenas com finalidade social e passaram a ser profissionais, em igual proporção.¹⁶

Assim, houve ampliação quanto à natureza do conteúdo a ser compartilhado nestas redes e plataformas que não apresentam somente finalidade de entretenimento. Documentos e informações com conteúdo sigiloso, igualmente, passaram a ser objeto de compartilhamento e, portanto, ganharam mais atenção quando distribuídos sem autorização. Requerendo, assim, a efetividade da proteção dos direitos intelectuais.

Embora o questionamento sobre a efetivação destes direitos de propriedade intelectual, nas plataformas sociais e websites fosse como um todo – incluindo marcas, patentes, concorrência desleal – o regime que ganhou mais destaque para efetivar a proteção dos bens digitais, neste ambiente virtual, nos Estados Unidos, foi o *copyright*.

A facilidade de compartilhamento de obras artísticas, fotografias, desenhos, entre outros conteúdos, ocasionou crescente número de violações de direitos. A ponto de gerar sensação de insegurança dos criadores deste tipo de conteúdo que passaram a evitar o uso da internet para compartilhar suas criações.¹⁷ Importante observar que o regime de *Copyright Law* norte-americano foi instituído por meio do artigo 1º, *section 8, United States Constitution* com a finalidade “To promote the Progress of Science and useful Arts”, assegurando aos autores o direito exclusivo de cópia sobre sua obra.¹⁸

Nos últimos anos, houve crescente número de demandas envolvendo fotógrafos profissionais contra artistas, influenciadoras digitais e pessoas públicas, em que aqueles questionaram seus direitos de exclusividade em suas fotografias compartilhadas em redes sociais, sem autorização. Muitos artistas começaram a compartilhar fotos suas, nas redes sociais, o que gerou questionamentos quanto à proteção da obra compartilhada.

¹⁶ ALSTON, Whitney N. *The Power of Social Media as an Evolving Force and Its Impact on Intellectual Property*. *Cybaris: An Intellectual Property Law Review*, [s.l.], v. 11, n. 2, p. [i]-33, 2020. p.1-2.

¹⁷ *Ibidem*, p. 1-2.

¹⁸ Tradução literal do trecho da constituição norte-americana: “Congress has the power: To promote the Progress of Science and useful Arts”, by securing for limited “Times to Authors ... the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries. (...) The Copyright Act of 1976 and subsequent amendments were enacted according to the Copyright Clause in the Constitution.” MCCARTHY, Laura. *Digital Assets and Intestacy*. *Journal of Science & Technology Law*, [s.l.], v. 21, n. 2, p. 384-412, Summer 2015. p. 385.

É notório o conhecimento que celebridades são perseguidas por fotógrafos, mais conhecidos por paparazzi, que tiram fotos destas pessoas seja em momentos de descontração, no âmbito de sua vida privada ou até mesmo situações do cotidiano, mesmo sem autorização da pessoa objeto da fotografia. As fotos tiradas são comercializadas aos canais e veículos de mídia que possuem exclusividade para divulgação.

No entanto, por conta das plataformas de redes sociais, artistas, influenciadores e pessoas públicas, frequentemente, começaram a compartilhar *posts* ou *stories*¹⁹ que contém fotos suas tiradas nestes momentos da vida privada. Na maioria das situações, não foi solicitada autorização ao fotógrafo para o compartilhamento em redes sociais, ainda que fazendo referência a autoria da foto.²⁰

No ano de 2018, a atriz norte-americana, Jennifer Lopez, foi ré em demanda ajuizada pelo fotógrafo profissional Michael Stewart, após postar em sua conta na rede social do Instagram, foto sua enquanto caminhava pelas ruas de Nova Iorque. O fotógrafo afirmou ser o único detentor dos direitos sobre a foto tirada – e registrada sob nº VA 2-110-507, no *Copyright Office*. E, portanto, a atriz e cantora teria violado os direitos de *copyright*, sob fundamento da *Section 501* do *Copyright Act*, visto que não possuía autorização para publicar o referido material e o único licenciado da usar e divulgar a imagem seria o veículo de comunicação *Daily News*.²¹ Embora a demanda tenha terminado em acordo entre as partes, cabe destacar que este não foi o único caso isolado envolvendo celebridade e a violação de *copyright* questionado por fotógrafo profissional, em redes sociais e meios de comunicação.

O caso envolvendo a celebridade Oprah Winfrey e o fotógrafo profissional Paul Natkin e Stephen Green, em 2000, julgado pela Distrito de Nova Iorque entendeu que caberia somente ao fotógrafo o direito de titularidade para uso, exploração e exclusividade sobre o material criado, ainda que a partir do uso da imagem de uma pessoa pública. No caso *Natkin v. Winfrey*, a celebridade norte-americana foi processada após utilizar fotografias suas tiradas pelo fotógrafo em estúdio durante o seu programa *The Oprah Winfrey Show*. Na época, requereu reconhecimento de sua co-autoria nas fotos tiradas, sob afir-

¹⁹ “Stories” é o termo que identifica recurso que procura compartilhar de forma rápida e fácil o compartilhar momentos e experiências. Use texto, música, figurinhas e GIFs para dar vida à sua história. Informações retiradas do blog Canal Tech. Disponível em: <https://canaltech.com.br/produtos/configuracao-de-como-usar-o-instagram-stories/>. Acesso em: 10 nov. 2021.

²⁰ A maioria das celebridades ao compartilhar a foto tirada por terceiro, monetizam as mesmas sem repassar os direitos de cópia ao fotógrafo profissional que a tirou.

²¹ ALSTON, Whitney N. The Power of Social Media as an Evolving Force and Its Impact on Intellectual Property. *Cybaris: An Intellectual Property Law Review*, [s.l.], v. 11, n. 2, p. [i]-33, 2020. p. 23.

mação de que havia contribuído com sua imagem e expressões faciais durante as entrevistas de seu show e que contribuíram para o resultado do material fotográfico. Todavia, o tribunal entendeu que ainda que Oprah fosse notória celebridade, sua imagem apenas contribuiu sob ponto de vista conceitual, na medida em que todo o trabalho quanto captação de luminosidade, qualidade da câmera, ângulo e sensibilidade do momento cabiam somente ao fotógrafo. E, portanto, a titularidade sobre os direitos de *copyright*, pertenciam tão apenas ao fotógrafo que poderia determinar quem poderia ou não utilizar e divulgar o conteúdo.²²

Cabe destacar que diferentemente do Brasil – em que vigora o sistema de direito de autor – o regime de *copyright* prioriza o direito de cópia de determinada criação literária, artística, musical, entre outras. Isto é, deve-se ter autorização do autor e um direito exclusivo para publicar, reproduzir, imprimir ou comercializar. Porém, em razão do crescente aumento de violações de *copyright* no ambiente da internet que, inclusive, ocasionou movimento dos artistas em evitar divulgar suas criações em plataformas e mídias sociais na internet, o congresso norte-americano promulgou a lei federal denominada *Millennium Copyright Act* como uma complementação ao *Copyright Act de 1976*.²³

A referida legislação estipulou mecanismos para repreender infração de *copyright* das criações digitais no mundo virtual.²⁴ Dentre elas está a limitação da responsabilidade do provedor da internet pelas ações provocadas pelos usuários que possam violar direitos de *copyright*, porquanto os provedores da internet ficaram com receio em ser responsabilizados pelo uso de

²² UNITED STATES. Illinois. Natkin v. Winfrey, 111 F. Supp. 2d 1003 (N.D. Ill.2.0.00). Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-natkin-v-winfrey>. Acesso em: 3 set. 2021.

²³ “Congress felt the passage of this legislation would address the social and economic problem caused by potential social media copyright infringement because copyright owners were becoming hesitant to make their “works readily available on the Internet without reasonable assurance that they will be protected against massive piracy.” ALSTON, Whitney N. The Power of Social Media as an Evolving Force and Its Impact on Intellectual Property. *Cybaris: An Intellectual Property Law Review*, [s.l.], v. 11, n. 2, p. [ij]-33, 2020. p. 9.

²⁴ “The Digital Millennium Copyright Act (DMCA) was enacted by Congress in 1998 to prevent copyright infringement of digital copyrighted works; this was Congress’ attempt to create copyright laws that specifically addressed new digital developments.” WEIGLE, Katherine. How the Digital Millennium Copyright Act Affects Cybersecurity. *American University Intellectual Property Brief*, v. 9, n. 1, January 2018, p. 1-25. HeinOnline, p. 3.

ferramentas para compartilhamento dos conteúdos violadores de *copyright* realizado pelos usuários.²⁵

Ainda que a legislação não tenha freado os atos de compartilhamento indevido e irrestrito. Por outro lado, demonstrou ser instrumento de avanço no combate às infrações destes direitos intelectuais no ambiente virtual, reforçando o fato que alteração de dimensão para interação social não revoga a incidência e tutela dos direitos no sistema de *copyright*.

2. Os bens digitais desafiam a proteção autoral brasileira?

De forma análoga aos Estados Unidos, no Brasil, os bens digitais, igualmente, trouxeram desafios à proteção intelectual. Sobretudo, ao direito autoral. A falsa ideia de liberdade irrestrita no ambiente da internet em que o intenso fluxo de informações e de conteúdos transmite a sensação de que tudo é possível ser compartilhado e utilizado, ainda que sem a autorização de seu autor.²⁶ Aliás, em diversas situações se desconhece o autor tampouco este é citado ou referenciado nas publicações sejam em sites, plataformas digitais ou em redes sociais.

Logo, textos, fotografias, pinturas, desenhos e outros trabalhos de cunho artístico são copiados e publicados em ambientes de convívio social digital conectados em rede. O próprio período de pandemia propiciou um significativo aumento nos usos destes ambientes tanto para lazer, convívio familiar como para trabalho gerando crescente percepção de liberalização de textos, materiais e outras obras de natureza artística em formato digital. Ainda que alguns autores tenham permitido o uso irrestrito de seus trabalhos na

²⁵ “O objetivo do DMCA é limitar responsabilidade pelas ações de seus usuários ao mesmo tempo em que protege o material protegido por direitos autorais os Proprietários. Embora o DMCA limite a responsabilidade de um provedor de serviços, o proprietário dos direitos autorais ainda é autorizado a apresentar uma intimação ao prestador de serviços para obter a identidade de uma pessoa que é alegou estar infringindo os direitos autorais do proprietário ou solicitando que o trabalho protegido por direitos autorais fosse retirado para baixo.” Tradução livre do trecho: “Therefore, the DMCA’s goal is to limit liability for the actions of their users while also protecting the copyrighted material of copyright owners. Though the DMCA limits liability on a service provider, the copyright owner is still permitted to serve a subpoena to the service provider to gain the identity of a person who is claimed to be infringing the owner’s copyright or to request the copyrighted work be taken down.” MCDANIEL, Trevor. Copyright and the Internet: Expanding the First Sale Doctrine to Digital Goods across International Boundaries. *Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law*, [s.l.], v. 19, n. 2, p. 124-157, Winter 2019. p. 126.

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. Revista, atualizada e ampliada por Eduardo C. B. Bittar. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 187.

dimensão da internet, tal autorização não enseja a ideia de que a proteção autoral tenha sido revogada nos ambientes em rede.²⁷

No entanto, a intensidade e significativo aumento da transmutação dos bens imateriais para o formato digital como livros em *e-books*, fotografia em fotos digitalizadas, textos, obras artísticas digitalizadas ou desenvolvidas, por meio de softwares especializados, têm trazido diferentes desafios a tutelar os direitos de autor no ambiente digital pelo ordenamento jurídico brasileiro. Embora existam normas positivadas ao lado a Lei nº 9.610/98 – Lei de Direito de Autor – tais como o Marco Civil da Internet, o Código Civil de 2002 e, por vezes, o Código Penal²⁸ combinada com a Lei de Crimes Eletrônicos, existem situações em que se torna desafiador compatibilizar o direito de autor diante da sofisticação das novas tecnologias, dos bens digitais, no ambiente da internet.²⁹

Na intenção de exemplificar estes acontecimentos, o tribunal de São Paulo, em recente julgamento de recurso de apelação,³⁰ deu parcial provimento determinando a abstenção de uso de texto de titularidade da parte autora e que as partes réis o utilizaram, sem autorização, em rede social ao publicar treinamento profissional usando como base de conhecimento o texto daquela. A parte demandante é autora do texto que gerou o livro denominado “Revolução do Pouquinho” e nos anos de 2015, passou a ser reproduzido a exaustão na internet, após viralizar em blogs.

Ocorre que no ano de 2016, a parte ré realizou publicação em rede social em que utilizava do mesmo esquema gráfico retirado integralmente do texto da autora, sem realizar menção à mesma. A publicação se tratava de treinamento profissional realizado pela parte ré, no âmbito interno de sua empresa, que usava do esquema gráfico do livro da autora. Ainda que não efetuada comercialização do conteúdo publicado, o fato é que houve compartilhamento do texto em rede social, sem menção à autoria o que configurou violação ao direito moral do autor demandante.

Ainda que este caso tenha tido um desfecho em prol da parte autora, no caso o autor da obra, o ponto de destaque é o compartilhamento destes bens digitais de natureza intangível no ambiente virtual. Em diversas situações análogas, inexistente o reconhecimento e observância destes direitos que

²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. Revista, atualizada e ampliada por Eduardo C. B. Bittar. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 185.

²⁸ *Ibidem*, p. 185.

²⁹ *Ibidem*, p. 186.

³⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1016451-43.2018.8.26.0361*. Relator: Des. Carlos Alberto De Salles. São Paulo: TJSP, 23 mar. 2021.

ocasionam problemas para os titulares destes bens.³¹ Estas criações de cunho artístico no ambiente virtual possuem um titular dos direitos autorais e irão compor o patrimônio deste, configurando um bem digital de valor tanto econômico como sentimental.

Neste sentido, a legislação de direitos autorais acaba por enfrentar adversidades para proteção destes bens virtuais, porquanto a Lei nº 9.610/98 foi criada para ser uma lei geral de proteção aos direitos do autor e, portanto, dificilmente conseguirá regular todas as circunstâncias que o avanço tecnológico – cada vez mais sofisticado – apresenta.³² E como modo de complementar esta dimensão, em 2014, o Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014 – foi formulado a fim de dar uma resposta às anomias a este campo tão árido que é o espaço da internet definindo certos contornos a este mundo virtual.

De modo tanto análogo, ao *Millennium Copyright Act*, disciplina o limite da responsabilidade dos provedores perante o compartilhamento de conteúdo de terceiros que violam direitos e que inclui direitos os autorais, tal como prevista em seu artigo 18.³³ Neste sentido, existe jurisprudência consolidada sobre esta matéria proferida pelo STJ julgada no REsp. 1.406.448/RJ,³⁴ de rela-

³¹ ZAMPIER, Bruno. *Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas áreas, moedas virtuais*. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 79.

³² *Ibidem*, p. 78.

³³ “Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.” Lei nº 12.965/2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm.

³⁴ Ementa: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RETIRADA DE CONTEÚDO INFRINGENTE. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. EXCLUSÃO DE LINKS. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR DE REPARAÇÃO. NÃO ALTERADO. 1. Ação ajuizada em 23/03/2012. Recursos especiais interpostos em 16/05/2016 e 20/05/2016. Atribuídos a este Gabinete em 01/03/2017. 2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça afirma que, anteriormente à publicação do Marco Civil da Internet, basta a ciência inequívoca do conteúdo ofensivo, sem sua retirada em prazo razoável, para que o provedor se tornasse responsável. Precedentes. 3. A regra a ser utilizada para a resolução de controvérsias deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato lesivo ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes: (i) para fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser obedecida a jurisprudência desta corte; (ii) após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade da responsabilidade solidária do provedor de aplicação, por força do art. 19 do Marco Civil da Internet, é o momento da notificação judicial que ordena a retirada de determinado conteúdo da internet. 4. A ordem que determina a retirada de um conteúdo da internet deve ser proveniente do Poder Judiciário e, como requisito de validade, deve ser identificada claramente. 5. O Marco Civil da Internet elenca, entre os requisitos de validade da ordem judicial para a retirada de conteúdo infringente, a “identificação clara e específica do conteúdo”, sob pena de nulidade, sendo necessário, portanto, a indicação do localizador URL”. REsp. 1.406.448/RJ da 3ª Turma, julgado em 15/10/2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4615754/mod_resource/content/1/STJ%20Resp%201694405%20antes%20MCI%20notificac%CC%A7a%CC%83o%20extrajudicial%20%28Min%20Nancy%20Andrighi%29%20.pdf.

toria da Min. Nancy Andrighi, que alterou o entendimento de que bastava o conhecimento do conteúdo ofensivo em determinada plataforma na internet para responsabilizar o provedor pela retirada do mesmo. No entanto, após a vigência da legislação, o entendimento passou a ser aplicabilidade do art. 18 da referida lei, em que o provedor possui responsabilidade objetiva quando, ao ter conhecimento da lesão, abstém-se de tomar as providências cabíveis para a remoção do conteúdo, considerando a data da publicação do ato violador.

Ainda que o Marco Civil da Internet não regule especialmente a matéria de direitos autorais, tal como a norma positivada norte-americana foi instituída, interessante destacar que este marco legislativo disciplina, até certo ponto, a importância dos direitos autorais. E, igualmente poderá aplicada em conjunto à lei nº 9.610/98 – LDA – ao exaltar o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais, a partir da liberdade de expressão.³⁵ Destacando, portanto, a relevância das criações intelectuais no ambiente virtual sendo objeto de bens digitais.³⁶

III. Os Tokens Não Fungíveis (NFTs): a nova moda da tecnologia *blockchain* assegura a proteção autoral dos bens digitais nos distintos sistemas jurídicos?

A relevância do número de informações e de conteúdos de natureza artística, literária e científica que são postas no ambiente virtual correspondem aos bens digitais. E por possuírem utilidade e valor econômico, despertam o interesse do direito para sua tutela, principalmente, no que diz respeito à proteção autoral nos diferentes sistemas jurídicos, observando suas legislações nacionais.³⁷

Ainda que os sistemas de proteção autoral possam apresentar distinções quanto à forma em que o direito enfatizará a proteção destes bens intelectuais intangíveis no meio digital, cabe destacar os desafios enfrentados por estes sistemas no ambiente da internet. E por mais que estes sistemas, seja o

³⁵ Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: (...) II- os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; (...). Lei nº 12.965/2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm.

³⁶ Por exemplo, nos Estados Unidos o registro perante o *Copyright Office* ou no Brasil, o registro na Biblioteca Nacional.

³⁷ Item 4 do art. 2º da Convenção de Berna. BRASIL. *Decreto n. 75.699 de 06 de maio de 1975*. Brasília: Presidência da República, 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

copyright norte-americano ou direito de autor no Brasil, possam apresentar mecanismos a reconhecer formalmente a autoria de seu criador,³⁸ tais formalidades não se mostram suficientes a controlar e impedir a cópia, distribuição ou uso sem autorização. Sobretudo, nos meios digitais.

Como resposta ao livre tráfego de informações e conteúdos digitais somado a reprodução não autorizada surgem mecanismos alternativos a atribuir autenticidade. Tal como uma espécie de registro, o avanço da tecnologia possibilitou que trabalhos criados no formato digital sejam tutelados por mecanismos denominados *Tokens Não Fungíveis* ou *Non-Fungible Tokens* (NFTs) – que são oriundos da tecnologia *blockchain*.

O *blockchain* corresponde a avançada tecnologia que utiliza de ampla rede de computadores descentralizados em bloco que distribuem e mineram dados e informações em curto espaço de tempo. E estas informações, uma vez verificadas, são distribuídas e armazenadas em rede, tornando resistente a todo e qualquer tipo de adulteração.³⁹

O *Token Não Fungível*, mais conhecido como *NFT*, sigla em inglês, opera em rede *Ethereum*. E tem como característica principal não ser mutuamente intercambiável devido as suas especificações individuais e seu registro criptográfico, feito por *token*, em um *blockchain* que garante segurança e unicidade aos bens digitais exclusivos como arte digital, itens de jogos, coleções e similares.⁴⁰ Logo, a tecnologia *blockchain* assegura a comercialização e manutenção destes bens no ambiente virtual.

O *NFT* passou a ganhar destaque a partir de setembro de 2020, quando obras artísticas digitalizadas passaram a ser comercializadas por valores astronômicos.⁴¹ E desde então, estes acontecimentos impulsionaram certa

³⁸ Alternativamente, até mesmo, em cartórios, é possível registrar e obter documento que comprove a data de criação de determinada obra, conforme previsto no art. 20 e art. 21 da Lei n° 9.610/98. "Art. 20. Para os serviços de registro previstos nesta Lei será cobrada retribuição, cujo valor e processo de recolhimento serão estabelecidos por ato do titular do órgão da administração pública federal a que estiver vinculado o registro das obras intelectuais. Art. 21. Os serviços de registro de que trata esta Lei serão organizados conforme preceitua o § 2° do art. 17 da Lei n° 5.988, de 14 de dezembro de 1973. BRASIL. *Lei n. 9.610/98 de 19 de fevereiro de 1998*. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

³⁹ ENSIGN, David. Copyright corner: non-fungible tokens as copyrightable subject matter. *Kentucky Libraries*, [s.l.], v. 85, n.2, p. 2-3, Spring 2021.

⁴⁰ BARBOZA, Hugo Leonardo; FERNEDA, Ariê Sherreier; SAS, Liz Beatriz. A garantia de autenticidade e autoria por meio de Non-Fungible Tokens (NFTs) e sua (in)validade para a proteção de obras intelectuais. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 99-117, maio/ago. 2021. p.111-112.

⁴¹ EXAME. O que são NFTs? Entenda como criar, comprar e vender *tokens* não-fungíveis. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/o-que-sao-nfts-entenda-como-criar-comprar-e-vender-tokens-nao-fungiveis/>. Acesso em: 20 ago. 2021.

popularização do *token* como ferramenta não apenas de monetização como também de atribuir maior segurança para manuseio e resguardo dos bens digitais perante terceiros.

Todavia, ainda que esta tecnologia possa apresentar característica inovadora a solucionar reprodução não autorizada no ambiente virtual, ela impactará diferentemente nos sistemas jurídicos norte-americano de *copyright* bem como do direito autoral brasileiro, considerando as peculiaridades de cada sistema, como será abordado nesta segunda parte do trabalho.

1. Os NFTs como mecanismo a reprimir a cópia dos bens digitais na transferência de direitos no sistema de Copyright Law norte-americano

O sistema norte-americano de *Copyright Law* enfatiza a defesa da obra em que a autoria e originalidade apresentam características distintas do sistema autoralista dos países de origem continental, tal como Brasil.⁴² A figura do titular dos direitos de cópia da obra original possui limitações determinadas pela *Copyright Act*, dentre as quais estão *first-sale doctrine*, prevista em 17 U.S.C. § 109, na referida norma norte-americana.⁴³

A doutrina do *first-sale* – que corresponderia a ideia da primeira venda obra adquirida objeto de proteção de *copyright* – entende que é possível revender ou disponibilizar cópias físicas de trabalhos artísticos que são objeto de proteção por *copyright*, sem ter que solicitar ao autor da obra tal permissão. Esta possibilidade se aplica à bens intelectuais tangíveis como livros, pinturas, álbuns, CDs e similares.

Todavia, tal doutrina encontra dificuldades de ser aplicada quando se trata de bens intelectuais digitais.⁴⁴ No ano de 2001, o escritório responsável por realizar os registros de *Copyright* – *Copyright Office* – se manifestou no sentido de que a doutrina do *first-sale* poderia não existir, como uma exceção

⁴² ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 74.

⁴³ “Under U.S. copyright law, a number of limitations exist with respect to copyright ownership. One of these limitations is known as the first-sale doctrine. 17 U.S.C. § 109 provides that it is legal to resell or otherwise dispose of physical copies of copyrighted works. As a result of the first-sale doctrine, the sale of an oil painting from your private collection, for instance, does not require that you obtain permission from the artist. Same goes for books, albums, memorabilia, etc. FISHER, Katya. Once upon a Time in NFT: Blockchain, Copyright, and the Right of First Sale Doctrine. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, [s.l.], v. 37, n. 3, p. 629-634, 2019. p.4.

⁴⁴ “Digital copies, however, are a different story. In 2001, the U.S. Copyright Office published an opinion stating that a digital first sale right could not exist due to the non-fungibility of digital works which are, by their very nature, copies.” *Ibidem*, p. 4.

para ter que requerer autorização do autor para cópia ou distribuição quando se trata de bens digitais, em razão da sua natureza digital (formada por códigos) que possibilitaria fácil cópia e distribuição no ambiente virtual.

O julgamento do caso *Capitol Records LLC v. ReDigi Inc.* em 2013 na Corte Distrital de Nova Iorque⁴⁵ confirmou o posicionamento do *Copyright Office* de 2001. O caso demonstrou que para concluir a transferência destes bens intelectuais digitais, seja uma música ou *e-book*, *pintura digital* ou *streamings*, se torna quase que necessário a realização cópia.⁴⁶ O problema é que se o primeiro titular do bem intelectual digital o transferir para terceiro, não deveria ficar com uma cópia. Fato quase impossível, considerando a ideia de que a cópia é feita como requisito para garantir a segurança no momento da transferência da titularidade neste formato. Logo, passou-se a questionar a eficácia da *first-sale doctrine* diante da possibilidade de reprodução não autorizada destes bens intangíveis nos meios digitais.

Embora não exista previsão legal no *Copyright Act* quanto à proteção destes bens intangíveis no formato digital a excepcionar a doutrina do *first-file*, os tribunais passaram a distinguir os bens intelectuais de natureza tangível e intangível. Justamente, a fim de regulamentar esta transferência de direitos de titularidade que, de forma geral, deveria ser feita pela via contratual, porém não ocorre.

Neste sentido, os *NTFs* corresponderiam uma excepcionalidade à regra do *first to sale doctrine* ao mesmo tempo que possibilitariam a sua aplicação. Quando um bem digital como arte ou item de jogo digital é transferido para terceiros, na medida em que o primeiro titular não precisará solicitar autorização à primeira revenda destes bens ao autor da criação, este tomará conhecimento. O autor, por estar cadastrado na plataforma em razão do registro do bem digital pelo *token*, será notificado pelo sistema desta revenda e, ainda, poderá receber o percentual correspondente aos seus direitos.

⁴⁵ *Capitol Records LLC v. ReDigi Inc.*, 934 F. Supp. 2d 640 (S.D.N.Y. 2013). Breve resumo do caso: “ReDigi Inc. had operated a website that allowed its users to resell their legally obtained digital music files to other users. ReDigi’s platform required users to download a software that verified the original file had been lawfully purchased. Once a file was sold, it was transferred in its entirety, and the original owner no longer had access Capitol Records LLC sued ReDigi, claiming that ReDigi had violated Capitol Records’ reproduction rights in the musical works. The Second Circuit ruled in favor of Capitol Records, stating that since it was impossible to transfer a digital file without making a copy, such a transfer would be subject to a copyright owner’s ongoing reproduction right, as opposed to the distribution right limited by the first-sale doctrine.” CDANIEL, Trevor. Copyright and the Internet: Expanding the First Sale Doctrine to Digital Goods across International Boundaries. *Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law*, v. 19, n. 2, Winter 2019, p. 124-157. HeinOnline, p. 4-5.

⁴⁶ Inclusive como medida de segurança enquanto o procedimento de venda e transferência da titularidade não for concluído.

Quando se trata de bens artísticos tangíveis, em razão da doutrina *first-sale*, o titular não é obrigado a solicitar autorização do criador da obra para primeira revenda, e este também não recebe valores correspondentes à reprodução bem como consecutivas revendas de seu material. Muitas vezes, se for criador autônomo, nem toma conhecimento das inúmeras revendas e, possíveis reproduções não autorizadas de seu material. Principalmente, em situações que envolvem bens artísticos intangíveis que se perdem na imensidão do ambiente virtual.

Diante deste cenário de vulnerabilidade quanto à reprodução não autorizada, os *tokens* não fungíveis parecem como uma solução mais imediata a assegurar o controle da transferência dos direitos de cópia sobre determinado trabalho digital, sobretudo, na relação entre o novo comprador do bem e o autor – criador da obra – que na maior parte das vezes não teriam um contato direto. Como o *token* possui a natureza infungível, isto é, não poder substituído tampouco rompido devido à complexidade da tecnologia envolvida. E por isso, acaba atribuindo autenticidade ao trabalho digital, tornando-o único.

Logo, quando ocorre a transferência dos direitos desta obra, objeto de *copyright*, a terceiros decorrente de venda, é possível ter certeza de que não houve cópia não autorizada do mesmo. Porquanto, aquele bem digital é exclusivo por ser original e se teria como comprovar, substancialmente, em discussões nos tribunais envolvendo possíveis violações estes direitos.

Tal possibilidade tem conquistado o mercado das artes digitais. Tradicionalmente, o seguimento das artes opera com bens tangíveis como pinturas à óleo ou outras formas de arte. E ainda que não seja obrigatório o registro destes bens intelectuais perante o *Copyright Office*, é recomendado fazê-lo, ao passo que para discussões judiciais no âmbito de *copyright*, a formalidade do registro é requisito essencial para ajuizamento deste tipo de demanda.⁴⁷

Os *tokens* não fungíveis tem ganharam destaque no cenário das criações digitais, que são objeto de proteção por *copyright*, porquanto a tecnologia *blockchain* por trás deste instrumento impossibilita que qualquer pessoa possa manipular o objeto de proteção por NFT, sem autorização de seu titular tampouco conhecimento do autor da obra protegida por esta tecnologia. Quando a obra digital é submetida ao *token*, o seu criador fica cadastrador como autor daquele bem intangível e, portanto, quando for revendê-lo a terceiros, o primeiro titular tomará conhecimento das transferências futuras deste bem no meio virtual.

⁴⁷ Embora o Ninth Circuit já rejeitou este entendimento de que apenas o registro da criação objeto de *copyright* necessita do registro para ajuizamento de ação judicial no caso *in re World Auxiliary Power Co.* pois a proteção se entende e permanece no âmbito da legislação estatal.

Neste sentido, o *token* não fungível parece alternativa mais segura com relação não apenas ao registro destes bens digitais como também assegura, especialmente, a transferência destes bens a terceiros. Sobretudo, considerando que o sistema norte-americano de *copyright* prioriza a defesa da obra e, portanto, não admite cópia ou reprodução da obra sem autorização de seu autor que poderá ser, inclusive, em certos casos, uma entidade.

2. Os Tokens Não Fungíveis e o Direito Autoral brasileiro: o resguardo da integridade da obra

De forma semelhante ao sistema norte-americano de *copyright*, os *tokens* não fungíveis demonstram ser efetivos na hipótese de resguardar os direitos autorais no sistema brasileiro. Embora o assunto ainda seja muito incipiente, não existindo discussões muito aprofundadas sobre o tema tampouco casos de tentativa de violação envolvendo direitos de autor e questionando a validade desta tecnologia *blockchain*, o ponto a ser analisado é referente aos benefícios que o *token* não fungível poderia gerar na proteção do direito de autor, considerando as características deste regime que prioriza a personalidade do criador da obra seja tangível ou intangível.

Desde a inauguração desta tecnologia em nível mundial, no Brasil tem se notado um movimento em sentido de positiva recepção do *token* não fungível, mais conhecido como NFT. Tal aceitação se deve ao fato de que a tecnologia promete – e demonstra – evitar cópias de bens digitais que são objeto de proteção autoral bem como de assegurar a integridade da obra nos ambientes virtuais, considerando às disposições do art. 7º da Lei nº 9.610/98, a conhecida Lei de Direitos Autorais, que determina quais criações são objeto de proteção autoral.

O referido artigo preconiza que as criações intelectuais oriundas da emanção do espírito humano correspondem ao conteúdo tutelado pelos direitos de autor, sejam tangíveis ou intangíveis.⁴⁸ E neste sentido, com a crescente elaboração de obras expressas no meio digital, a utilização da tecnologia do *token* não fungível como meio assegurar a integridade deste tipo de bem diante da facilidade de cópia e compartilhamento não autorizado, mostra-se atraente.

Cabe destacar ainda que tão somente a pessoa física poderá ser detentora destes direitos, visto que as criações artísticas, científicas ou literárias decorrem da personalidade de seu criador. E esta característica de persona-

⁴⁸ ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 74.

lidade atribui a singularidade da obra, considerando ainda quando se trata de pintura ou desenho elaborado no formato digital,⁴⁹ distinguindo-o de um trabalho comum.⁵⁰

Logo, estas obras artísticas, antes, elaboradas por meio físico e de forma manual eram expostas em galerias de arte, na atualidade, são expostas em plataformas digitais que anunciam e comercializam estes bens aceitando diversos tipos de pagamento, incluindo, criptomoedas.⁵¹ E o fato de serem expostas em rede na internet, podem ser facilmente objeto de falsificação ou plágio⁵² e, portanto, questionam a eficácia dos meios tradicionais de proteção por meio do registro na Biblioteca Nacional ou, até mesmo, os registros em cartório por meio de atas notariais.

Embora os conhecidos sites de exposição de arte digital possam cuidar das questões de segurança a fim de evitar a cópia por parte dos usuários que acessam a plataforma, acaba sendo quase inevitável controlar os diferentes meios de burlar os sistemas de tecnologia utilizados por estes sites e que podem se desenvolver desde as formas mais simples até as mais sofisticadas.

Por mais que existam outros mecanismos para tentar frear estes diversos tipos de reproduções ilegais, tais como o sistema *Digital Rights Management* – DRM – ou conhecido como gerenciamento de direitos digitais, como consequência, acabam restringindo o acesso dos usuários, porquanto exige um

⁴⁹ “(...), destaca-se que as artes digitais usam a tecnologia sob a forma de um processo, isto é, trata-se de uma arte produzida com o auxílio de tecnologia e aplicativos destinados especificamente a tal fim. Outrossim, conceitualmente, a arte digital é aquela que explora computadores (ferramentas, tecnologias e conteúdo de informação codificados digitalmente) como uma ferramenta e material para a criação.” BARBOZA, Hugo Leonardo; FERNEDA, Ariê Sherreier; SAS, Liz Beatriz. A garantia de autenticidade e autoria por meio de Non-Fungible Tokens (NFTs) e sua (in)validade para a proteção de obras intelectuais. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 99-117, maio/ago. 2021. p. 11.

⁵⁰ ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 75.

⁵¹ “(...) na atualidade, existem galerias digitais, como a Deviant Art, DAM, a SuperRare e a KnownOrigin, as quais promovem as exposições das artes digitais, bem como efetuam espécies de leilões – no caso das duas últimas –, em que as ofertas são propostas em Ether (criptomoeda).” BARBOZA, Hugo Leonardo; FERNEDA, Ariê Sherreier; SAS, Liz Beatriz. A garantia de autenticidade e autoria por meio de Non-Fungible Tokens (NFTs) e sua (in)validade para a proteção de obras intelectuais. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 99-117, maio/ago. 2021.

⁵² Definição utilizada por Lisiane Feiten Ody quanto plágio e falsificação: “O plágio ocorre quando a criação da obra é usurpada de seu autor, sendo termo utilizado ordinariamente para designar ‘furto’ de propriedade. (...) Nas falsificações, hipótese de reprodução ilegal, a complexidade não está na cópia (...), mas na cópia do estilo de um artista reconhecido (...)”. ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 81.

código para poder ter acesso ao conteúdo digital.⁵³ Neste sentido, o número de usuários se torna mais limitado o que não é atrativo para o campo das artes digitais, visto que existem muitos criadores que querem que seus trabalhos sejam facilmente acessados enquanto são respeitados.

Diante destas circunstâncias, o mecanismo de registro pelo *token* não fungível ou NFT (sigla em inglês) inaugura modalidade de registro criptográfico.⁵⁴ Tal registro, realizado na tecnologia *blockchain*, válida a transição daquele conteúdo digital e sua proveniência o tornando único, inviolável e indestrutível, em razão das suas especificações individuais.⁵⁵ O fato de ser a tecnologia *blockchain* possibilita sua comercialização e manutenção de forma segura não apenas das artes digitais, mas de qualquer bem intelectual intangível no formato digital.⁵⁶

E como as obras digitais normalmente são comercializadas por meio de leilão nestas plataformas, o criador e o titular da obra consegue controlar a transferência dos direitos patrimoniais para terceiros e, ainda, o autor receber os royalties, cada vez que a obra é comercializada, possibilitando a aplicação do direito de sequência decorrente da revenda, previsto no art. 38 da Lei de Direitos Autorais⁵⁷ que, dificilmente, é observada quando se trata de obra tangível.

Além disto, considerando as características do NFT, este *token* consegue assegurar a integridade da obra. Este elemento é essencial para proteção da

⁵³ BARBOZA, Hugo Leonardo; FERNEDA, Ariê Sherreier; SAS, Liz Beatriz. A garantia de autenticidade e autoria por meio de Non-Fungible Tokens (NFTs) e sua (in)validade para a proteção de obras intelectuais. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 99-117, maio/ago. 2021. p. 13.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 13-14.

⁵⁵ "(...) esse registro criptográfico com um *token* é realizado em um Blockchain, sendo que aqueles representam a origem e a proveniência de uma obra de arte digital. A tecnologia Blockchain, dessa forma, permite que os *tokens* sejam mantidos e comercializados com segurança de um colecionador para outro." BARBOZA, Hugo Leonardo; FERNEDA, Ariê Sherreier; SAS, Liz Beatriz. A garantia de autenticidade e autoria por meio de Non-Fungible Tokens (NFTs) e sua (in)validade para a proteção de obras intelectuais. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 99-117, maio/ago. 2021. p. 14.

⁵⁶ COMERT, Oguz. Blockchain Revolution: How the Technology behind Bitcoin and Other Cryptocurrencies Is Changing the World. *GSI Articletter*, [s.l.], n. 23, p. 272-279, 2020. p. 273.

⁵⁷ "Art. 38. O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado. Parágrafo único. Caso o autor não perceba o seu direito de sequência no ato da revenda, o vendedor é considerado depositário da quantia a ele devida, salvo se a operação for realizada por leiloeiro, quando será este o depositário." BRASIL. *Lei n. 9.610/98 de 19 de fevereiro de 1998*. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

personalidade do autor, que no sistema autoralista dos países continentais, como Brasil, é ponto crucial a fim de respeitar os direitos morais de seu criador.

Recentemente, ocorreram eventos que, a partir da digitalização de obras originais e em sequência registradas por NFTs, foram queimadas em ambiente público e em transmissão ao vivo.⁵⁸ Tais acontecimentos chamaram a atenção no sentido de que se não houve a violação destes direitos de integridade da obra original física, ainda que a versão digital tenha sido registrada por meio desta tecnologia *blockchain*. Mesmo que estas situações tenham ocorrido em âmbito do regime de *copyright*,⁵⁹ é necessária trazer a reflexão para o âmbito do regime de direito de autor, na medida em que este é um dos elementos de ênfase na proteção das criações intelectuais.

Existem autores que entendem não ser possível resguardar a integridade da obra original por meio de sua digitalização e registro por NFT, salvo quando feita pelo próprio autor, considerando as disposições do art. 9º da Lei 9610/98.⁶⁰ Estes acreditam que a digitalização não conseguiria resguardar a singularidade da obra tangível e que transmite a verdadeira personalidade do criador que é tutelada pelo sistema autoral brasileiro.

No entanto, os apreciadores de arte tem enxergado o registro de obras digitais por NFTs positivamente, incluindo, os exemplos de digitalização e queima da obra original. Porquanto, este mecanismo com tecnologia *blockchain* consegue atribuir maior segurança na preservação da integridade da obra no formato digital, devido as suas características que impedem que terceiros possam romper o arquivo e modificá-lo na medida em que este bem digital é transmitido a terceiros. E por mais que na Lei de Direitos Autorais não exista previsão legal para utilização deste tipo de tecnologia como categoria de registro,⁶¹ fica a reflexão sobre a validade desta tecnologia no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro na formalização das criações digitais.

⁵⁸ RUBINSTEINN, Gabriel. Grupo queima obra de Picasso e faz NFT: 'Vivo para sempre no blockchain'. *Revista Digital Exame*, [online], 16 jul. 2021. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/blockchain-e-dlts/grupo-queima-obra-de-picasso-e-faz-nft-vivo-para-sempre-no-blockchain/>. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁵⁹ Em que os direitos de personalidade do autor não são considerados como o enfoque da proteção do regime de *copyright*.

⁶⁰ BRASIL. *Lei n. 9.610/98 de 19 de fevereiro de 1998*. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁶¹ Art. 20. Para os serviços de registro previstos nesta Lei será cobrada retribuição, cujo valor e processo de recolhimento serão estabelecidos por ato do titular do órgão da administração pública federal a que estiver vinculado o registro das obras intelectuais. Art. 21. Os serviços de registro de que trata esta Lei serão organizados conforme preceitua o § 2º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. BRASIL. *Lei n. 9.610/98 de 19 de fevereiro de 1998*. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

IV. Considerações finais

Na medida em que as novas tecnologias avançam na dimensão virtual, as tradicionais categorias jurídicas enfrentam desafios para compreender e adequar o grande conjunto de códigos digitais que constituem este mundo conectado à internet. Principalmente, quando este ambiente virtual impacta na tutela dos bens artísticos no formato digital diante do fácil acesso às informações e seu compartilhamento irrestrito.

Como visto, não apenas o compartilhamento não autorizado de bens digitais gera um desconforto que alimenta a cultura de revogação dos direitos intelectuais, no ambiente virtual. O ato de reprodução destes bens, igualmente, gera insegurança quanto à autenticidade do bem que se está adquirindo em plataformas digitais, como *e-books*, fotografias, pinturas entre outros. E este é o ponto debatido nesta primeira parte deste trabalho, a partir da análise dos sistemas de direitos autorais e *copyright* em que se verificou as dificuldades enfrentadas por ambos os sistemas a fim de resguardar a proteção dos bens digitais.

A sofisticação das tecnologias digitais tais como o surgimento do *blockchain* inaugurou mecanismo para salvaguardar denominado *Token Não Fungível* ou *Non Fungible Tokens* – NFTs. Importante observar que esta ferramenta que funciona como uma espécie selo digital, por meio de um *token* e que utiliza a tecnologia *blockchain*, não pode ser alterado nem apagado. E, por isso, consegue tornar qualquer arquivo digital em um bem digital único e consequentemente agrega valor econômico.

Assim, quando NFTs vem sendo utilizados no âmbito dos diferentes sistemas de proteção das criações artísticas, como *copyright law* norte-americano e o direito de autor no Brasil, poderão evidenciar vantagens que facilitam às referidas legislações a resguardar a tutela destas criações de natureza digital, considerando as peculiares de cada sistema.

No âmbito do *copyright* da *common law* norte-americana, este registro, por meio de *token* que utiliza a tecnologia *blockchain*, consegue trazer solução à eficácia da *first-sale doctrine*, que enfrenta dificuldades quando se trata de obra artística no formato digital, porquanto dificilmente a revenda destes bens evita a ocorrência de cópia no momento da transferência das titularidades. Por mais que esta doutrina se aplique a primeira revenda da obra artística que, em princípio, seria de natureza tangível, quando se trata do ambiente virtual os direitos do *first-sale doctrine* enfrentam dificuldades de aplicabilidade na medida que se torna impossível controlar e impedir a realização de cópia não autorizada para completude da transferência dos direitos a terceiros.

Igualmente, a utilização do *Token* no âmbito da Lei de Direitos Autorais no Brasil traz certos proveitos, solucionando dificuldades também enfrentadas pelo sistema autoral que primazia os direitos de personalidade do autor. Como mencionado, o *Token* não apenas atribui segurança com relação a autenticidade, mas também ao direito de sequência das obras, em observância às disposições do art. 38 da LDA em que o autor permanece recebendo os valores correspondentes à obra. Tal recebimento dificilmente acontece quando se trata de obra artística tangível, na medida em que se torna quase impossível realizar o controle e ter conhecimento sobre o destino da obra após a primeira revenda por meio da transmissão dos direitos patrimoniais. Ademais, a natureza infungível do *Token* atribui maior resguardo a integridade da obra no formato digital impossibilitando que terceiros possam modificar ou romper o *token* para alterar a obra.

Embora o *token* não apresente fé pública – por não ser emitido por autoridade pública como o cartório – bem provável que, por sua natureza infungível, será validade pelo Poder Judiciário, porquanto alguns juristas enxergam o NFT como uma espécie de novo cartório.⁶²

Sendo assim, é possível concluir que *Non Fungible Tokens* se mostram eficazes a solucionar as controvérsias que se apresentam aos bens de natureza artística e no formato digital, tanto no regime norte-americano de *copyright* como no direito de autor brasileiro, considerando as amplas liberdades de acesso e compartilhamento no âmbito da internet.

Embora cada sistema de proteção possa apresentar suas particularidades, de modo geral, esta ferramenta de registro da tecnologia *blockchain* tem mostrado segurança para tutela destes bens digitais e poderia ser recebida pelo ordenamento jurídico, na medida em que os novos bens de natureza digital, em especial, no campo das artes, requerem soluções mais imediatas na proporção da velocidade que os problemas da cópia ocorrem.

Referências

ALSTON, Whitney N. The Power of Social Media as an Evolving Force and Its Impact on Intellectual Property. *Cybaris: An Intellectual Property Law Review*, [s.l.], v. 11, n. 2, p. [i]-33, 2020.

⁶² CONGRESSO INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 41., 2021, formato digital. *Painel NFTs e Direito Autoral*. [s.l.]: Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI), 2021. Disponível em: <https://abpi.org.br/eventos-abpi/>. Acesso em: 23 out. 2021.

BARBOZA, Hugo Leonardo; FERNEDA, Ariê Sherreier; SAS, Liz Beatriz. A garantia de autenticidade e autoria por meio de Non-Fungible Tokens (NFTs) e sua (in) validade para a proteção de obras intelectuais. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 99-117, maio/ago. 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. Revista, atualizada e ampliada por Eduardo C. B. Bittar. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. *Decreto n. 75.699 de 06 de maio de 1975*. Brasília: Presidência da República, 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. *Lei n. 9.610/98 de 19 de fevereiro de 1998*. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. *Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

COMERT, Oguz. Blockchain Revolution: How the Technology behind Bitcoin and Other Cryptocurrencies Is Changing the World. *GSI Articleletter*, [s.l.], n. 23, p. 272-279, 2020.

CONGRESSO INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 41., 2021, formato digital. *Painel NFTs e Direito Autoral*. [s.l.]: Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI), 2021. Disponível em: <https://abpi.org.br/eventos-abpi/>. Acesso em: 23 out. 2021.

ENSIGN, David. Copyright corner: non-fungible tokens as copyrightable subject matter. *Kentucky Libraries*, [s.l.], v. 85, n. 2, p. 2-3, Spring 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the Northern District of Illinois. *Natkin v. Winfrey*/ 111 F. Supp. 2d 1003. 2000. Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-natkin-v-winfrey>. Acesso em: 3 set. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the Southern District of New York. *Stewart v. Lopez*/ 1:1 8-cv-12019-KPF. 2018. Disponível em: <https://dockets.justia.com/docket/new-york/nysdce/1:2018cv12019/507060>. Acesso em: 3 set. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senate. *Public Law 1-5-204: Digital Millennium Copyright Act*. Disponível em: <https://www.copyright.gov/legislation/pl105-304.pdf>. Acesso em: 3 set. 2021.

FISHER, Katya. Once upon a Time in NFT: Blockchain, Copyright, and the Right of First Sale Doctrine. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, [s.l.], v. 37, n. 3, p. 629-634, 2019.

IR 2021: Investiu em bitcoins? Acima de R\$ 5.000 precisa declarar. *Uol Economia*, São Paulo, 28 mar. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/imposto-de-renda/noticias/redacao/2021/03/28/ir-2021-investiu-em-bitcoins-acima-de-r-5-mil-precisa-declarar.htm>. Acesso em: 28 ago 2021.

MCCARTHY, Laura. Digital Assets and Intestacy. *Journal of Science & Technology Law*, [s.l.], v. 21, n. 2, p. 384-412, Summer 2015.

MCDANIEL, Trevor. Copyright and the Internet: Expanding the First Sale Doctrine to Digital Goods across International Boundaries. *Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law*, [s.l.], v. 19, n. 2, p. 124-157, Winter 2019.

MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 125, p. 1-35, set./out. 2019. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/003-novo-paradigma-tecnologico-e-consumo.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

MIRAGEM, Bruno. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Grupo GEN e Editora Forense, 2021.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

RUBINSTEIN, Gabriel. Grupo queima obra de Picasso e faz NFT: 'Vivo para sempre no blockchain'. *Revista Digital Exame*, [online], 16 jul. 2021. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/blockchain-e-dlts/grupo-queima-obra-de-picasso-e-faz-nft-vivo-para-sempre-no-blockchain/>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1016451-43.2018.8.26.0361*. Relator: Des. Carlos Alberto De Salles. São Paulo: TJSP, 23 mar. 2021.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*. V. 1. Rio de Janeiro: Grupo GEN e Editora Forense, 2020.

WANG, Yun-Ciao; CHEN, Chin-Ling; DENG, Yong-Yuan. Authorization Mechanism Based on Blockchain Technology for Protecting Museum-Digital Property Rights. *Applied Sciences*, v. 11, n. 3, p. 1085, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/app11031085>. Acesso em: 10 nov. 2021.

ZAMPIER, Bruno. *Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas áreas, moedas virtuais*. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

A tutela dos direitos de personalidade: a proteção do direito à imagem entre direito material e direito processual

Luciana Robles de Almeida*

Marcio Furtado**

Rodrigo Ustárroz Cantali***

Sumário: I. Introdução. II. A tutela *ex ante*. 1. Os limites do Direito à Imagem: uma aproximação. 2. Tutela inibitória e técnica processual. III. A tutela *ex post*. 1. Da reparação e do ressarcimento dos danos. 2. Tutelas repressivas e prescrição. IV. Considerações finais.

I. Introdução

Os direitos de personalidade, entendidos como “uma metáfora para aspectos não-materiais da pessoa”,¹ já foram referidos como “uma das figuras mais marcantes do Direito civil contemporâneo”² e, especificamente no Brasil, como “um dos temas de maior interesse e desenvolvimento (...) desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002”,³ com previsão nos artigos 11 a 21. Não

* Mestre e Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). E-mail: luroblesalmeida@gmail.com.

** Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). E-mail: marciofur@gmail.com.

*** Mestre e Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogado. E-mail: rodrigocantali@gmail.com.

¹ BRÜGGEMEIER, Gert. Protection of personality rights in the law of delicts/torts in Europe: mapping out paradigms. In: CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (ed.). *Personality rights in European Tort Law*. Cambridge: University Press, 2010, p. 6.

² GONÇALVES, Diogo Costa. Revisitando a origem histórico-dogmática dos direitos de personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, [s.l.], v. 15, p. 387-404, abr./jun. 2018. Introdução.

³ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos de personalidade no Direito brasileiro em perspectiva atual. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 24, p. 81-111, jan./jun. 2013. p. 82.

poderia ser diferente: desde o seu desenvolvimento como teoria, os direitos de personalidade enfrentaram diversas transformações, muito em decorrência do próprio desenvolvimento da sociedade, em termos tecnológicos e culturais.

Para exemplificar, a imagem de um indivíduo demonstra esse desenvolvimento. A representação de uma pessoa em imagens, em um primeiro momento, somente poderia ser feita por meio de pinturas, desenhos ou esculturas.⁴ Com a evolução da tecnologia e o surgimento da fotografia, a representação foi alterada e o fator “tempo” foi reduzido drasticamente para sua reprodução. Atualmente, a captura, guarda e envio de fotografias se tornaram imediatos,⁵ suscitando novas questões quanto à tutela da pessoa retratada.⁶

Outras formas de representação e uso de imagens se desenvolveram, sendo uma das mais marcantes a possibilidade de, por modelagem computacional, inserir a imagem, a voz, expressão e movimento de pessoas já falecidas, como aconteceu com a aparição do Peter Cushing no filme *Rogue One: a Star Wars Story*, em 2016,⁷ reprisando seu personagem originalmente retratado no filme *Star Wars*, em 1977.

Há, portanto, uma verdadeira relação entre o mundo conectado e a efetiva tutela dos direitos de personalidade: “mudanças sociais, tecnológicas e médicas acarretam constantemente novas ameaças para a personalidade”.⁸ Isso cria a necessidade de “um encadeamento lógico entre os direitos da personalidade, não só no discurso jurídico contemporâneo, mas também na experiência social, para que haja cada vez mais reconhecimento e respeito a esses direitos”.⁹

É a isso que se dedica este estudo: analisar a tutela dos direitos de personalidade – com foco no direito à imagem – a partir da conexão entre discurso jurídico e experiência social.

⁴ Na maioria dos casos, presumivelmente com consento da pessoa retratada, já que dela se exigia um determinado período de tempo como modelo para o artista.

⁵ <https://www.britannica.com/technology/photography>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁶ BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (ed.). *Personality rights in European Tort Law*. Cambridge: University Press, 2010, p. 570.

⁷ ROMANO, Rafael Salomão. O filme *Rogue One: Uma História Star Wars* e o direito de imagem. *CONJUR*, [s.l.], 29 dez. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-29/rafael-salomao-romano-filme-rogue-onee-direito-imagem>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁸ NEUER, Jorg. Direitos da personalidade. *Direitos Fundamentais & Justiça*, [s.l.], ano 13, n. 40, p. 43-82, jan./jun. 2019. p. 43.

⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. O direito à vida, o direito ao corpo e às partes do corpo, o direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive intimidade. *Revista de Direito Privado*, [s.l.], v. 49, p. 73-109, jan./mar. 2012. Introdução.

Uma primeira premissa para a compreensão do tema refere-se à definição de “pessoa”, i.e., o titular dos direitos de personalidade. Dentre as noções já retratadas pela doutrina, chama atenção a referência de que a palavra “pessoa” deriva do grego *prósopon*, conectada “ao teatro grego, à máscara da tragédia antiga... Era no teatro, era envergando a máscara grega, que o homem se tornava pessoa”.¹⁰ Com a evolução semântica, o conceito passou a ser identificado não mais à máscara, mas à própria personagem e, após, a cada indivíduo.¹¹

A noção é interessante, pois reflete um caráter de individualidade, em contraposição à universalidade, distinção essencial para a análise dos direitos de personalidade. A noção de individualidade é reiterada quando se sustenta que “a personalidade de um indivíduo inclui todos os atributos que são firmemente conectados a essa pessoa”.¹² O exemplo da imagem, novamente, ilumina o conceito: cada pessoa detém uma imagem própria, individual.

Apesar dos avanços na teoria e na tecnologia, o tratamento do tema não foi feito de forma adequada ou, ao menos, sistemática pela codificação oitocentista. O *Code Civil* de 1804 “não ofereceu apoio para uma sistematização da categoria dos direitos da pessoa”¹³ e interpretação dada ao *Code* e outros códigos por ele influenciados¹⁴ refletia os interesses da sociedade capitalista da época, com maior proteção ao indivíduo (burguês) contra o Estado.

Assim, houve maior reconhecimento de direitos no âmbito público e político, em comparação ao âmbito privado, exaltando-se a proteção da propriedade e liberdade frente ao arbítrio estatal. Tais direitos (posteriormente classificados como “fundamentais de primeira geração”) eram caracterizados

¹⁰ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 20.

¹¹ *Ibidem*, p. 21.

¹² BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (ed.). *Personality rights in European Tort Law*. Cambridge: University Press, 2010, p. 289.

¹³ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42. Destacando que “a figura dos direitos da personalidade não foi acolhida no Código Napoleão”, GONÇALVES, Diogo Costa. Revisitando a origem histórico-dogmática dos direitos de personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, [s.l.], v. 15, p. 387-404, abr./jun. 2018. Item 7.

¹⁴ Especificamente quanto ao *Code Civil* de 1804, James Gordley realizou interessante estudo em que notou que não haveria motivos para se acreditar que os ideais de Pothier estariam vinculados aos princípios do individualismo exacerbado constatado no Século XIX; em verdade, Pothier teria sido fortemente influenciado pela Escola de Direito Natural e, conseqüentemente, pelas ideias da Escolástica Espanhola e da filosofia tomista-aristotélica. Foi a interpretação do *Code* pela doutrina posterior que atribuiu a ela o caráter individualista. GORDLEY, James. Myths of the French Civil Code. *The American Journal of Comparative Law*, Baltimore, v. 42, n. 3, p. 459-505, July 1994.

por serem direitos de defesa, i.e., “uma zona de não-intervenção do Estado e a uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”.¹⁵

A doutrina germânica permitiu um maior desenvolvimento do tema. Apesar de Savigny ter negado estatuto científico a essa categoria,¹⁶ um direito geral de personalidade foi defendido por Gierke. No entanto, foi com a casuística que a questão foi impulsionada.

A título exemplificativo, e novamente com foco no direito à imagem, um dos mais conhecidos casos foi o de Otto von Bismarck, no final do Século XX, que, após a sua morte, teve o seu velório invadido por jornalistas que pretendiam fotografar o seu cadáver e, posteriormente, vender as imagens. Os herdeiros de von Bismarck obtiveram decisão judicial que impedia a divulgação e determinava a apreensão do material referente às fotografias, o que é retratado como “o primeiro precedente no direito alemão de limitação às liberdades comunicativas pelo Poder Judiciário em favor de uma celebridade *post-mortem*, sem que haja um elemento de natureza política ou altas razões de Estado”.¹⁷

A insipiência do tema no âmbito civil se verifica pelo fato de o litígio ter sido solucionado no Direito Penal, com o reconhecimento da violação de domicílio pelos jornalistas. A tutela do direito à imagem, portanto, permanecia vinculada a outros institutos.

A questão recebeu contornos ainda mais específicos no Direito brasileiro. O Código Civil de 1916 não possuía disciplina própria e específica dos direitos de personalidade, o que pode ser explicado por uma razão histórica: apesar da

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46-47.

¹⁶ Explica Rodrigues Jr. que, para von Savigny, “o homem não poderia dispor de seu próprio corpo ou alienar direitos sobre sua vida ou sua existência”. RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Direitos fundamentais e direitos da personalidade. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). *30 Anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 680. Referindo a mesma ideia, ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43. E GONÇALVES, Diogo Costa. Revisitando a origem histórico-dogmática dos direitos de personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, [s.l.], v. 15, p. 387-404, abr./jun. 2018. Item 6.

¹⁷ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil. In: CASSETTARI, Christiano. *10 Anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 115. O caso também é narrado em ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção da imagem na Alemanha. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017, p. 6-8. Disponível em: <http://civilistica.com/a-protecao-da-imagem-na-alemanha/>. Acesso em: 28 mar. 2021. E ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. 3. ed. Translated by Toni Weir. Oxford: University Press, 1998. p. 688.

vigência no Século XX, tratava-se do “antepenúltimo código oitocentista”,¹⁸ de “produto tardio da ciência jurídica brasileira do séc. XIX”,¹⁹ i.e., de um código de ideologia individualista,²⁰ centrado em um direito patrimonialista, na tutela da (circulação da) propriedade e do contrato.²¹

A lógica do sistema brasileiro estava muito próxima ao exemplo alemão, deslocando o tema para o Direito Penal com reflexos no Direito Civil. Reconhecidos eventuais danos decorrentes de ofensas à integridade física e psicológica, injúria e calúnia,²² o Código previa a possibilidade da responsabilidade civil.

A questão ganhou novos contornos ao longo do Século XX. Ao redor do mundo, legisladores, julgadores e doutrina dedicaram maior atenção ao desenvolvimento de uma teoria dedicada à proteção dos direitos de personalidade (em especial, após as Guerras Mundiais),²³ enquanto o Código Civil de 1916, com sua tutela insuficiente, permaneceu vigente por quase noventa anos. Sugestões para a sua reforma ou não foram adiante, a exemplo do Projeto Orlando Gomes (apresentado em 1965);²⁴ ou tiveram lenta tramitação no Congresso Nacional, como o Projeto do Código Reale (apresentado em

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 85.

¹⁹ GONÇALVES, Diogo Costa. Reflexões sobre a recepção dos direitos de personalidade no Brasil e os desafios metodológicos contemporâneos. *Revista de Direito Civil*, [s.l.], v. 5, n. 1, p. 127-168, 2020. p. 139.

²⁰ Para um retrato da sociedade da época, GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 30-31.

²¹ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 71.

²² GONÇALVES, Diogo Costa. Reflexões sobre a recepção dos direitos de personalidade no Brasil e os desafios metodológicos contemporâneos. *Revista de Direito Civil*, [s.l.], v. 5, n. 1, p. 127-168, 2020. p. 141.

²³ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

²⁴ O Projeto, que se destinava a tratar das pessoas, da família, das coisas e das sucessões (também tramitava, à época, um Projeto de Código de Obrigações organizado por Caio Mário da Silva Pereira, Alfredo Lamy Filho e Sílvio Marcondes), continha Capítulo específico para a tutela dos direitos de personalidade. Segundo o Autor, “os Códigos individualistas, voltados inteiramente para o indivíduo, esqueciam a pessoa, omitindo-se diante de direitos sem os quais a personalidade do homem não encontra terreno propício à sua livre e necessária expansão”. GOMES, Orlando. *Código Civil: projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 17.

1975 e promulgado em 2002).²⁵ Em ambos os projetos, o direito à imagem foi expressamente referido.

Apesar de não ser objeto deste estudo, é necessário referir que a lenta tramitação do Projeto do Código Reale permitiu uma tendência de “deslocalizar a doutrina dos direitos de personalidade do Direito Civil para o foro constitucional”,²⁶ o que ocorreu especialmente com a promulgação, da Constituição da República de 1988, que alçou à categoria de direitos fundamentais a intimidade, vida privada, honra e imagem – típicos direitos de personalidade.

Além de uma sobreposição entre direitos fundamentais e direitos de personalidade, o movimento civil-constitucional também centralizou suas atenções ao princípio da dignidade humana, afirmando a existência de um direito geral de personalidade.²⁷ No entanto, concorda-se com a crítica²⁸ de que os direitos de personalidade “encontram no Direito Civil seu âmbito normativo primário (...) sem necessidade de recurso imediato à dignidade humana”,²⁹ e se pautam pela ideia de individualidade, e não pela ideia de relação do cidadão com o Estado.³⁰

Com a promulgação do Código Civil de 2002, os direitos de personalidade passaram a ser expressamente disciplinados pelo Direito Civil, com o reforço à inibição de condutas tendentes a violar os direitos ali dispostos

²⁵ Na sua exposição de motivos, Reale destacou a necessidade de salvaguarda dos direitos de personalidade “sob múltiplos aspectos”. REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 86. Além disso, houve aproveitamento do material já constante do Projeto Orlando Gomes sobre a matéria. MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 76.

²⁶ GONÇALVES, Diogo Costa. Reflexões sobre a recepção dos direitos de personalidade no Brasil e os desafios metodológicos contemporâneos. *Revista de Direito Civil, [s.l.]*, v. 5, n. 1, p. 127-168, 2020. p. 149.

²⁷ Nesse sentido, por exemplo, ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155-159.

²⁸ Sobre a origem do e as críticas ao movimento do direito civil-constitucional: GONÇALVES, Diogo Costa. Reflexões sobre a recepção dos direitos de personalidade no Brasil e os desafios metodológicos contemporâneos. *Revista de Direito Civil, [s.l.]*, v. 5, n. 1, p. 127-168, 2020. p. 148-165.

²⁹ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Direitos fundamentais e direitos da personalidade. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). *30 Anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 683-684.

³⁰ Orlando Gomes também fazia a distinção entre direitos de personalidade e “direitos do homem”, com base em Mazeaud: “os chamados direitos do homem são direitos públicos, dado que visam primordialmente a protegê-lo contra o arbítrio do Estado, enquanto os direitos da personalidade são muitos daqueles direitos da pessoa humana encarados na possibilidade de sofrerem atentados por parte de outros homens ou – acrescente-se – de serem auto-sacrificados”. GOMES, Orlando. *Código Civil: projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 18.

(tutela prévia), sem prejuízo de reparação em caso de danos (tutela repressiva).³¹ Contudo, e apesar da intenção do legislador,³² esses dispositivos tornaram-se potencialmente problemáticos, especialmente quanto à delimitação do que configura, por exemplo, o direito à imagem, que é o objeto do presente estudo.

A partir disso, formula-se um primeiro questionamento: como garantir a efetividade da tutela ao direito à imagem no Direito brasileiro?

Sabe-se que se trata de pergunta genérica e que, portanto, deve ser especificada. Para a melhor compreensão, isso será feito a partir de dois exemplos, coletados de obra de grande relevância para o estudo dos direitos de personalidade em perspectiva comparada.³³

O primeiro exemplo será endereçado como “o caso do político corrupto”. Em um jornal, foi publicado artigo acusando um conhecido político de corrupção. Esse político teria alguma pretensão? Contra quem? Se o político soubesse, de antemão, que a matéria seria publicada, ele poderia impedir a sua divulgação?

O segundo exemplo, “o caso da foto instantânea”, apresenta outras importantes considerações sobre o tema. Se uma pessoa tem sua fotografia capturada em um local público, sem sua autorização, ela tem alguma pretensão contra o fotógrafo?

Tais exemplos carecem de detalhamento, e, para verdadeira análise como se fossem casos concretos, poder-se-á incluir e excluir variáveis que conduzirão a respostas diversas, porque colocam em confronto normas diversas. No caso do político corrupto, faria diferença se as alegações feitas na reportagem fossem desprovidas de provas? E se o caso tratasse de uma biografia publicada pela ex-secretária do político, retratando não a sua vida política, mas detalhes de sua vida familiar? No caso da foto instantânea, faria diferença se a pessoa fotografada fosse ou não famosa, ou se estivesse realizando atividade laboral ou privada, ou ainda se a fotografia foi publicada ou não? Se a fotografia em questão já tivesse sido publicada prévia e licitamente, haveria problema na sua nova utilização?

Em busca de respostas, o presente trabalho, voltado ao Direito brasileiro, apresentará, principalmente, análise jurisprudencial dos tribunais superiores,

³¹ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. O direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive a intimidade. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Sílvio Romero (coord.). *Direito Civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão*. V. 2. São Paulo: Atlas, 2015. p. 12.

³² Segundo Miguel Reale, o legislador preferiu “o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência”. REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 86.

³³ BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (ed.). *Personality rights in European Tort Law*. Cambridge: University Press, 2010. p. 75-148 e 275-316.

bem como doutrina específica sobre a temática, com inclusão de contribuições estrangeiras quando possam efetivamente enriquecer a análise. Além disso, destaca-se que os direitos de personalidade, por serem considerados fundamentais, acabam sendo alvo de análise em diretos ramos do Direito – a exemplo da Lei de Direitos Autorais, do Direito Eleitoral, do Direito do Trabalho e do Direito Penal –,³⁴ os quais não serão objeto do presente estudo ante a sua especificidade.

Por fim, não há como se ignorar que a evolução tecnológica passará a tratar a imagem como um dado pessoal, atraindo a aplicação das recentes leis sobre proteção de dados, tanto no Brasil (LGPD), quando na Europa (GDPR). Não obstante, o presente estudo poderá contribuir para a classificação do dado pessoal como sensível, mas não utilizará os alicerces doutrinários e regramentos específicos, pois estes focam na proteção dos dados como um todo, não como proteção específica do direito à imagem.

Para alcançar a finalidade proposta, o estudo foi dividido em duas partes, cada uma subdividida em dois tópicos, e essa divisão reflete o próprio conteúdo dos dispositivos em análise: a possibilidade de uma tutela prévia, i.e., para impedir ou inibir condutas tendentes a lesar direitos de personalidade; e a possibilidade de uma tutela repressiva, após a conduta lesiva. Na primeira parte, pretende-se delimitar o núcleo duro do direito à imagem, para então apresentar a tutela inibitória do ato que violar esse núcleo; na segunda parte, analisa-se os danos decorrentes do ato ilícito, e os meios para a sua reparação.

II. A tutela *ex ante*

A primeira parte do estudo tem por objetivo definir o que configura o direito à imagem a partir do confronto entre texto da lei, jurisprudência e doutrina. A análise é necessária para que se possa identificar um núcleo a ser protegido. Após, serão feitas considerações sobre como a tutela inibitória pode ser um efetivo instrumento de proteção da imagem.

1. *Os limites do Direito à Imagem: uma aproximação*

Apesar da pretensão de rigor e clareza do legislador,³⁵ o artigo 20 do Código Civil apresenta redação confusa, conceitos equivocados e esvazia

³⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 363.

³⁵ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 86.

direitos fundamentais.³⁶ Portanto, para bem compreender o bem jurídico tutelado (no caso, a imagem), três perguntas conduzirão a análise: (i) o que configura o direito à imagem? (ii) trata-se de direito autônomo ou acessório? (iii) quando a sua divulgação, exposição e publicação será (i)lícita? O texto da lei não apresenta respostas satisfatórias.

O direito à imagem vivenciou uma gradual expansão. Na clássica lição de Pontes de Miranda, “a imagem serve à identificação pessoal (...) o direito à imagem é direito de personalidade quando tem como conteúdo a reprodução das formas, ou da voz, ou dos gestos, identificativamente”.³⁷ No entanto, o avanço do tempo e o desenvolvimento tecnológico permitiram o descobrimento de uma imagem desvincilhada do aspecto visual: características e qualidades pessoais também podem representar a imagem de uma pessoa.³⁸

Isso permitiu a distinção entre “imagem-retrato” e “imagem-atributo”.³⁹ A primeira expressão trata dos aspectos que singularizam a fisionomia do titular do direito, parcial ou integralmente (porte físico, face, voz, gestos, palavras escritas), sendo vinculada ao art. 5º, X, da Constituição de 1988,⁴⁰ a

³⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 234, p. 1-36, jan./mar. 2004, p. 30. ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos de personalidade no Direito brasileiro em perspectiva atual. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 24, p. 81-111, jan./jun. 2013, p. 99-101. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 109. RODRIGUES JR., Otávio Luiz. O direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive a intimidade. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Sílvio Romero (coord.). *Direito Civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão*. V. 2. São Paulo: Atlas, 2015. p. 10.

³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. T. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 110-111. Em sentido semelhante, CHAVES, Antonio. Direito à própria imagem. *Doutrinas essenciais de Direitos Humanos*, v. 2, p. 353-374, ago. 2011. Item “Conceitos introdutórios”. MORAES, Walter. Direito à própria imagem (I). *Doutrinas essenciais de Direitos Humanos*, [s.l.], v. 2, p. 1089-1117, ago. 2011. Item 1. BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed., rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 153.

³⁸ Sobre essa evolução, TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do marco civil da internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 15, p. 93-127, abr./jun. 2018. Item 2.

³⁹ LOUREIRO, Henrique Vergueiro. *Direito à imagem*. 2005. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 61. MARTINS, Fernando Rodrigues. Comentário ao art. 20. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil: Direito Privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 103.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 569.812/SC*. Recorrente: Débora Cristina Rosa. Recorrido: Trip Editora e Propaganda Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília. 16 jun. 2005. Acesso: 4 abr. 2021. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.005.278/SE*. Recorrente: Jane Ferreira Calheiros de Melo. Recorrido: Cinform Central de Informações Comerciais Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. 4 nov. 2010. Acesso em: 4 abr. 2021.

segunda expressão refere-se ao modo como o titular do direito à imagem é visto no ambiente social, seus comportamentos e qualidades pessoais, sendo vinculada ao art. 5º, V, da Constituição de 1988.⁴¹ Logo, a proteção envolve tanto forma exterior quanto características identificadoras contra seu uso distorcido ou modificado.⁴²

Nota-se que há um aspecto essencial atribuível a ambas as expressões: a cognoscibilidade. Como a imagem é um sinal, ela é reconhecível perante terceiros; esse reconhecimento pode ocorrer de diversas formas: aspectos fisionômicos, voz, gestos, estilo de escrita, qualidades, ou mesmo a associação reiterada a uma determinada marca de roupa.⁴³

O direito à imagem, portanto, compreende o direito que a pessoa tem de proteger elementos que a individualizam, que a destacam, que a identificam, que a tornam reconhecível na coletividade.⁴⁴ Mas teria ele caráter autônomo ou acessório?

A resposta literal dada pelo texto da lei reflete a sua acessoriedade, por vincular as tutelas disponíveis à violação da honra, boa fama ou respeitabilidade, ou à destinação a fins comerciais. No entanto, essa resposta é inadequada na sociedade atual, e existe uma razão histórica para tanto: o *caput* do artigo 20 do Código Civil corresponde, com poucas alterações, ao texto proposto por Moreira Alves ainda em 1970.⁴⁵

Nada obstante, a própria jurisprudência firmada antes da vigência do Código Civil em 2003 já assentava a autonomia do direito à imagem. Em dois

⁴¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 0005382-65.2009.8.26.0581*. Apelante: Prefeitura Municipal de Areiópolis. Apelado: João Carlos Carvalho. Relator: Des. Fermio Magnani Filho. São Paulo. 28 ago. 2013. Acesso em: 4 abr. 2021. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70069378206*. Apelantes: Emerson Robson Campos e Caroline Silveira Martinez-ME. Apelados: Os mesmos. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre. 24 ago. 2016. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. T. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 112. Recentemente, TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do marco civil da internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 15, p. 93-127, abr./jun. 2018, Item 2.

⁴³ A exemplo do que ocorre com o pseudônimo. DIEGO, Manuel Sánchez de. Right to one's image in Spain: what it is and what it is not. *Journal of Information Policy*, [s.l.], v. 8, p. 401-416, 2018. p. 407.

⁴⁴ De forma semelhante, TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do marco civil da internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 15, p. 93-127, abr./jun. 2018, Item 2.

⁴⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 39-40. Naquele período, diferentes teorias vinculavam a imagem a outros direitos, como honra e intimidade. Sobre essas discussões, MORAES, Walter. Direito à própria imagem (I). *Doutrinas essenciais de Direitos Humanos*, [s.l.], v. 2, p. 1089-1117, ago. 2011. Item 3.

julgamentos no início da década de 1980, o Supremo Tribunal Federal destacou que o uso da imagem alheia, sem consentimento e com fins comerciais, gera dever de indenizar, reconhecendo a tutela da imagem apesar da ausência de sua proteção em nível constitucional ou infraconstitucional à época.⁴⁶ Soma-se a isso julgamento de 2002 no “Caso Kassia Kis”, em que se destacou que “a Constituição não exige a ocorrência de ofensa à reputação na reparação do dano moral” – desvinculando a imagem da honra – e que o uso indevido, “com intuito comercial ou não”, viola o direito à imagem – desvinculando a imagem ao uso comercial.⁴⁷

No Superior Tribunal de Justiça, apesar de ter sido afirmado em 1994 que doutrina e jurisprudência estariam se afirmando no sentido de atribuir caráter autônomo ao direito à imagem (porque incidente sobre objeto específico),⁴⁸ o caminho foi mais tortuoso. Exemplo é o “Caso Maitê Proença”, julgado em 2000: a atriz, que posou nua para a Revista Playboy, teve fotos de seu ensaio publicadas em jornal terceiro sem sua autorização. Do acórdão, a vinculação da imagem à honra é expressa: o Min. Menezes Direito (voto-vencido) entendeu que não haveria mácula à “vida de profissional respeitada e admirada no meio artístico e no público”, motivo pelo qual inexistiria dano moral; por sua vez, a Min. Nancy Andrighi (voto-vencedor) sustentou que a publicação das fotos em contexto diverso expôs a atriz “ao vexame de descumprir contrato com a revista que se obrigou à exclusividade das fotos. É a sua honorabilidade de contratante que ficou atingida”.⁴⁹

Um ano após, discutiu-se o caso de modelo profissional que teve fotos suas publicadas em revistas nacionais após o prazo contratado e em revistas estrangeiras sem autorização. Inicialmente, a vinculação da imagem à honra foi explícita, tendo sido afirmado que a exposição das fotos da modelo não gerou dano moral pois, “ao invés de maculá-la, ou prejudicar sua atividade, promoveram a sua imagem, projetando-a internacionalmente como modelo

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 91.328/SP*. Recorrente: Instituto Cultura e Editora Canadian Post Ltda. Recorridos: Dennis de Carvalho e Outra. Relator: Ministro Djaci Falcão. Brasília. 2 out. 1981. Acesso em: 4 abr. 2021. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 95.872/RJ*. Recorrente: O Globo – Empresa Jornalística Brasileira Ltda. Recorrida: Irinéia de Souza. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília. 1 out. 1982. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 215.984-1/RJ*. Recorrente: Cássia Kis. Recorrida: Ediouro S/A. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília. 4 jun. 2002. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 46.420/SP*. Recorrentes: Confederação Brasileira de Futebol – CBF e Editora Abril S.A. Recorridos: Clodoaldo Tavares Santana e Outros. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília. 12 set. 1994. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 270.730/RJ*. Recorrente: Maitê Proença Gallo. Recorrido: S/A Editora Tribuna da Imprensa. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Redatora p/ Acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Brasília. 19 dez. 2000. Acesso em: 4 abr. 2021.

profissional”.⁵⁰ A decisão foi revista em Embargos de Divergência, tendo o Min. Sálvio Teixeira destacado a existência de um duplo conteúdo da imagem: “moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia”,⁵¹ de modo que o dever de reparar o dano moral decorreria do próprio uso indevido desse direito.

Esse posicionamento se consolidou e, hoje, doutrina⁵² e jurisprudência⁵³ posteriores à vigência do Código Civil mantiveram a defesa do caráter autônomo do direito à imagem.

Respondida a segunda questão – o direito à imagem é autônomo –, parte-se à terceira: quando sua exposição é (i)lícita? Novamente, o texto da lei é incompleto.

A necessidade de autorização é lugar comum: a doutrina e a jurisprudência já analisadas apontam nesse sentido. O princípio do consentimento é igualmente reconhecido em outros países.⁵⁴ No entanto, por trás da aparente simplicidade há um mar de dúvidas sobre o que, efetivamente, constitui consentimento e qual o seu alcance.

É possível, por exemplo, extrair consentimento tácito das circunstâncias do caso concreto. No “Caso das fotos de gravidez”, um casal alegou não ter autorizado a publicação de fotos suas em revista que veiculou matéria sobre gravidez. O Tribunal de Justiça considerou que houve autorização tácita, pois as fotos temáticas foram produzidas com “a óbvia intenção de publicá-las”

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 230.268/SP*. Recorrente: Maria Aparecida Santos Costa. Recorrido: Avon Cosméticos Ltda. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília. 13 mar. 2001. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 230.268/SP*. Embargante: Maria Aparecida Santos Cota. Embargado: Avon Cosméticos Ltda. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília. 11 dez. 2002.

⁵² Por exemplo, TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do marco civil da internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 15, p. 93-127, abr./jun. 2018, Item 3. MARTINS, Fernando Rodrigues. Comentário ao art. 20. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil: Direito Privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 103-104.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.005.278/SE*. Recorrente: Jane Ferreira Calheiros de Melo. Recorrido: Cinform Central de Informações Comerciais Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. 4 nov. 2010. Acesso em: 4 abr. 2021. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 794.586/RJ*. Recorrente: TV Globo Ltda. Recorrido: Natal Pires da Silva. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília. 15 mar. 2012. Acesso em: 4 abr. 2021. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.217.422/MG*. Recorrente: S. W. N. M. (Menor). Recorrido: Rodrigo Cabreira de Mattos. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília. 23 set. 2014. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁵⁴ BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (ed.). *Personality rights in European Tort Law*. Cambridge: University Press, 2010. p. 312.

e foram entregues à jornalista. O Superior Tribunal de Justiça, ao reverter a decisão, entendeu que a produção e entrega das fotos configuraria mero interesse inicial; além disso, a prova dos autos demonstrou que a revista sempre obtinha autorização escrita dos interessados, o que não ocorreu no caso.⁵⁵

Esse caso destaca não apenas a importância das circunstâncias para a configuração do consentimento tácito, mas também a necessidade de interpretar restritivamente a autorização. O “Caso Maitê Proença” demonstra isso: a autorização se refere a um determinado contexto, e não a outro. Tanto é assim que a doutrina refere o “dever de contextualização”,⁵⁶ “direito à qualificação”⁵⁷ ou a “preservação do contexto originário”,⁵⁸ para evitar exposições que criem uma falsa percepção do titular da imagem, diante de uma retratação inexata.

O “Caso do Dia dos Namorados” pode bem esclarecer o ponto. Em 2004, um casal de namorados foi abordado na rua por equipe de reportagem, tendo concordado em gravar uma cena, para o Dia dos Namorados, que terminaria com um beijo na boca. Essa cena foi reproduzida em matéria jornalística sobre o tema no mesmo dia. Ocorre que a cena foi novamente reproduzida em 2005, em matéria sobre o mesmo tema, quando o casal não estava mais junto, e outra vez em 2007, em reportagem intitulada “Paixão emagrece e amor engorda”. Apesar da incidência da Súmula 7, constou do acórdão não apenas a alteração da situação fática dos envolvidos, como também a desnaturação do contexto original.⁵⁹

Essas considerações sobre interpretação restritiva e contexto permitem avançar, ainda, para distinguir autorização para captura e autorização para publicação. O desenvolvimento tecnológico, hoje, permite a captura de fotos instantâneas, sendo necessário diferenciar esses dois momentos e superar a presunção de que a captura de imagem é destinada à sua exibição.⁶⁰ Basta pensar no exemplo da “pornografia de vingança”: por mais que o cônjuge

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.384.424/SP*. Recorrente: Patrício Roberto Arnold e Outro. Recorrido: Editora Canaã. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. 11 out. 2016. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁵⁶ ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 99.

⁵⁷ LOUREIRO, Henrique Vergueiro. *Direito à imagem*. 2005. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 164.

⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 116.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.291.865/RJ*. Recorrente: Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. Recorrida: Gabriele Fernandes de Oliveira. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília. 25 jun. 2013. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁶⁰ LOUREIRO, Henrique Vergueiro. *Direito à imagem*. 2005. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 68. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 122.

tenha enviado fotos nuas suas ao seu par, isso não significa permissão para sua divulgação.⁶¹ Logo, tanto a captura quanto a divulgação requerem consentimento próprio.⁶²

Essa exposição apresenta algumas interessantes balizas, dependentes do caso concreto, para poder definir o que é consentimento e sua real extensão. E isso decorre da própria natureza do direito à imagem como direito de personalidade: diante do caráter relativo da sua disposição, o consentimento não pode ser genérico ou indeterminado.

Pode-se, no entanto, pensar na situação oposta: quando a autorização é desnecessária? O artigo 20 do Código Civil trata das hipóteses de “administração da justiça” e de “manutenção da ordem pública”, conceitos que indicam uma prevalência de um interesse superior da comunidade, que transcende interesses particulares – como a publicação de fotos de pessoas desaparecidas em razão de desastres ou procurados pela justiça.⁶³ Esses conceitos, no entanto, pecam pela indeterminabilidade, o que pode causar um aumento desmedido da possibilidade de uso da imagem sem autorização.⁶⁴ Ainda, o texto foi omissivo quanto a outros interesses legítimos e protegidos pelo ordenamento jurídico, como a liberdade de informação e a liberdade de imprensa.⁶⁵

A esse respeito, há muito a doutrina debate quais seriam critérios adequados para a ponderação entre a proteção da imagem em conflito com outros interesses tutelados. De modo geral, as classificações indicam os seguintes critérios: (i) veracidade do fato exposto, (ii) exposição proporcional à expectativa de privacidade do retratado; (iii) utilidade pública na divulgação da informação; (iv) grau de identificação do retratado na imagem; (v) fina-

⁶¹ ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 99.

⁶² No Direito comparado, BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (ed.). *Personality rights in European Tort Law*. Cambridge: University Press, 2010. p. 570-571.

⁶³ MARTINS, Fernando Rodrigues. Comentário ao art. 20. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil: Direito Privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 104.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 234, p. 1-36, jan./mar. 2004. p. 31.

⁶⁵ Omissão essa com explicação histórica, diante do contexto da redação do texto do artigo 20 do Código Civil.

lidade da divulgação (comercial, jornalística, biográfica); (vi) local público; e (vi) pessoa notória.⁶⁶

A análise dos dois últimos critérios pode ajudar a delimitar a questão, especialmente pelo fato de que eles se inter-relacionam com os demais critérios.

O critério do local público retrata a seguinte preocupação: em local público, a pessoa renuncia à sua imagem, podendo ser alvo de retratações em geral? A resposta não é simples. Pense-se na hipótese de cobertura jornalística de eventos esportivos ou históricos: não seria razoável exigir autorização de todas as imagens obtidas. Do mesmo modo, uma foto em panorama, em que o foco não seja eventuais pessoas que nela apareçam, não violaria o direito à imagem.⁶⁷ Serão as circunstâncias do caso que demonstrarão a (in)existência da violação.

No “Caso do *topless*”, uma pessoa em *topless* em praia pública teve sua imagem publicada, sem consentimento, em reportagem sobre novos hábitos culturais de banhistas. Em 2004, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a pessoa optou por “relevar sua intimidade”, e que inexistiria “conteúdo pernicioso na veiculação”.⁶⁸ Ocorre que é necessário distinguir imagens que retratam um fenômeno coletivo – o torcedor em meio à torcida – e aquelas que, com recursos como *zoom in*, expõem a intimidade de uma pessoa. Expor-se em praia pública não significa aceitar expor-se à mídia; estar-se em *topless* não significa consentir com a captura e divulgação de sua imagem, especialmente quando o foco for a pessoa, e não o fenômeno coletivo.⁶⁹ É o que foi afirmado, por exemplo, em caso idêntico julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal ainda em 1989.⁷⁰

⁶⁶ Com adições ou subtrações, esses são os critérios propostos em BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 234, p. 1-36, jan./mar. 2004, p. 25-28. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 116. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do marco civil da internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 15, p. 93-127, abr./jun. 2018, Item 2, assim como no Enunciado 279 na IV Jornada de Direito Civil, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, realizado em 2006.

⁶⁷ ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 99.

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 595.600/SC*. Recorrente: Maria Aparecida de Almeida Padilha. Recorrido: RBS – Zero Hora Editora Jornalística S.A. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília. 18 mar. 2004. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁶⁹ MENDONÇA, Bruna Lima de. Direito à imagem x liberdade de expressão: comentários ao Recurso Especial n. 1.200.482/RJ. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, p. 1-20, 2016, p. 11. Disponível em: <http://civilistica.com/direito-a-imagem-liberdade-de-expressao/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁷⁰ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n. 077193*. Relator: Solano Viana. Lisboa. 24 maio 1989. Acesso em: 4 abr. 2021.

Por fim, a pessoa notória é um critério igualmente rico. E a riqueza decorre da dificuldade de sua conceituação.⁷¹ Nada obstante, pode-se sustentar que essas pessoas – como políticos, artistas, músicos, escritores, etc. – adquirem vantagens (políticas, econômicas, sociais) em decorrência de sua exposição e, por isso mesmo, assumem o risco da superexposição. Por isso, afirma-se que essas celebridades possuem níveis de proteção “menos amplos, pois haveria uma ‘esfera de iluminabilidade’ na qual essas pessoas se colocaram voluntariamente em função de seus interesses profissionais e políticos”.⁷²

Isso, contudo, não basta: é necessário jogar luz nessa “esfera de iluminabilidade”. E o caso da Princesa Carolina de Mônaco pode trazer interessantes balizas: a Princesa ajuizou demandas contra órgãos da imprensa alemã por ter imagens suas, em momentos de convívio familiar, publicadas sem autorização. A Corte Constitucional alemã declarou a licitude das publicações, ainda que a Princesa não estivesse, naquele momento, exercendo função pública. No entanto, em razão dessa decisão, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos condenou a Alemanha por permitir que jornalistas violassem a vida privada e familiar da Princesa. A partir disso, o critério que passou a orientar os tribunais alemães (e que pode efetivamente orientar os tribunais brasileiros) foi o da legítima expectativa de tutela da imagem e da privacidade – i.e., em momentos sem conexão com o cargo público, haveria maior proteção contra a atuação da mídia.⁷³

Ainda assim, no entanto, é possível haver vinculação entre esse aspecto mais íntimo e o interesse público a justificar a exposição: pense-se em notícia de um político que “usa (ou usou) verbas públicas para financiar sua relação amorosa”. Apesar de veicular informações de caráter pessoal, há também informação de notório interesse público que deve ser divulgada.⁷⁴

É por isso que doutrina e jurisprudência devem trabalhar continuamente para jogar luz a essa “esfera de iluminabilidade”; os esforços devem

⁷¹ Como visto em RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil. In: CASSETTARI, Christiano. *10 Anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 114.

⁷² RODRIGUES JR., Otávio Luiz. O direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive a intimidade. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Sílvio Romero (coord.). *Direito Civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão*. V. 2. São Paulo: Atlas, 2015. p. 12.

⁷³ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção da imagem na Alemanha. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, p. 1-35, 2017. p. 32. Disponível em: <http://civilistica.com/a-protecao-da-imagem-na-alemanha/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁷⁴ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil. In: CASSETTARI, Christiano. *10 Anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 123.

ser constantes, e já se verifica, na atualidade, a apresentação inicial de balizas jurisprudenciais:⁷⁵ (i) o direito fundamental à liberdade de imprensa teria caráter prevalente,⁷⁶ sendo que esse direito engloba “(a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar”;⁷⁷ (ii) o discurso de ódio deve ser repudiado, podendo ensejar tutela *ex ante* com apreensão de obra literária;⁷⁸ (iii) a simples convocação para depor em comissão parlamentar de inquérito não viola honra ou imagem;⁷⁹ (iv) o direito de crítica política a figuras notórias, mesmo em período eleitoral e com utilização de caricaturas, é livre.⁸⁰ Pode-se incluir, aqui, o “Caso das biografias não autorizadas”, que reforçou o caráter prevalente da liberdade de informar, de se informar e de ser informado, de modo que “erros corrigem-se segundo o direito, não se cortando liberdades conquistadas”.⁸¹

Sabe-se que cada um dos pontos apresentados pode – e deve – ser analisado com maior profundidade, mas o objetivo do tópico era apresentar uma

⁷⁵ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. O direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive a intimidade. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Sílvio Romero (coord.). *Direito Civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão*. V. 2. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11-12.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130*. Arguinte: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília. 30 abr. 2009. Acesso em: 27 mar. 2021.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 690.841*. Agravante: Alexandre Augusto de Faria Machado. Agravado: Jânio Sérgio de Freitas Cunha. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. 21 jun. 2011. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 82.424*. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Redator p/ Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília. 17 set. 2003. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 24.832*. Impetrante: Law Kin Chong. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados – CPI da Pirataria. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília. 18 mar. 2004. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 705.630*. Agravante: Cláudio Humberto de Oliveira Rosa e Silva. Agravado: Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. 22 mar. 2011. Acesso em: 4 abr. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451*. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília. 21 jun. 2018. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815*. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília. 10 jun. 2015. Acesso em: 4 abr. 2021. Também ressaltando que “o pressuposto é de liberdade” e que a liberdade pode ser restringida “apenas quando oferecidas razões sérias de argumentação a tanto, porque confrontadas liberdades garantidas na Constituição Federal em igual medida”, CACHAPUZ, Maria Cláudia. Liberdades colidentes e relações privadas: as biografias não autorizadas e a proposta de alteração do art. 20 do Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, [s.l.], a. 3, n. 2, p. 585-609, 2017. p. 605.

aproximação. Cabe, agora, analisar como ocorre a tutela desse direito – com foco, nesse momento, na tutela preventiva.

2. *Tutela inibitória e técnica processual*

Tanto o direito material quanto o direito processual atribuem posições jurídicas às pessoas e à coletividade. O que os diferencia é a respectiva função: o processo constitui um *instrumento* para a tutela do direito.⁸² A distinção não é ontológica, mas funcional. Direito e processo são interdependentes: o processo recebe o direito como afirmação das partes e o devolve com o selo da autoridade judicial.⁸³

O objetivo do processo civil é prestar tutela aos direitos.⁸⁴ Em uma perspectiva individual, isso significa viabilizar uma decisão de mérito justa, adequada, efetiva e tempestiva para um caso.⁸⁵ Ter um direito significa ter uma posição juridicamente tutelável,⁸⁶ de modo que o processo deve dispor de mecanismos aptos à sua realização.⁸⁷

Nesse contexto, o problema da tutela executiva não se desenvolve isoladamente, como mera técnica processual. Desenvolve-se em função do modo como se configura a tutela do direito material⁸⁸ e representa, em última análise, o banco de prova de todos os ordenamentos relativamente à capacidade do processo de assegurar uma tutela eficaz aos direitos, não se limitando à simples declaração por parte do juiz.⁸⁹

Distinguem-se três conceitos: tutela do direito, tutela jurisdicional e técnica processual.

⁸² A propósito, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo* (1987). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

⁸³ MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021. p. 22.

⁸⁴ A propósito, MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do Processo Civil no Estado Constitucional. *Revista de Processo*, [s.l.], v. 229, p. 51-74, mar. 2014.

⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021. p. 25; TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta (1997). In: TARUFFO, Michele. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 219-234.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* (2015). V. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2021. p. 612.

⁸⁷ A propósito, MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* (individual e coletiva) (1998). São Paulo: RT, 2000. p. 13.

⁸⁸ TARUFFO, Michele (1943-2020). A atuação executiva dos direitos: perfis comparados (1989), In: TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 93.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 86.

A tutela do direito diz respeito ao resultado que se pretende obter, com a propositura da ação, no plano do direito material.⁹⁰ O Código Civil prevê o direito à tutela inibitória – por exemplo, o direito à tutela inibitória da vida privada.⁹¹ Se houver uma ameaça ou um efetivo descumprimento, é possível inibir, remover, reparar ou ressarcir os seus efeitos.⁹²

Em linhas gerais, a tutela do direito pode se dirigir contra o ilícito ou contra o dano. Ilícito é o ato contrário ao direito. Dano é o prejuízo juridicamente relevante.⁹³ O dano é uma consequência eventual, não necessária, do ato ilícito.⁹⁴ Pode haver ilícito sem dano: o ato ilícito pode ocorrer sem que surja agregado a ele o resultado do dano material.⁹⁵ Por exemplo, expor à venda um medicamento não autorizado pelas autoridades de saúde.⁹⁶

Contra o ilícito, existe a tutela inibitória – de natureza preventiva – e a tutela de remoção do ilícito – repressiva. Contra o dano, a tutela é sempre repressiva, e pode ser reparatória ou ressarcitória.⁹⁷

No plano do direito processual, a tutela jurisdicional é a atividade que leva à tutela do direito.⁹⁸ Em caso de ameaça ou efetiva crise de cumprimento, o juiz poderá condenar, ordenar ou desde logo executar. É o caso, por exemplo, de uma ação que visa a ordenar que um terceiro se abstenha de publicar uma fotografia não autorizada.

⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021. p. 75.

⁹¹ Conforme o art. 21, Código Civil. A propósito, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000.

⁹² MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021. p. 76.

⁹³ *Ibidem*, p. 76. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* (individual e coletiva). São Paulo: RT, 2000.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* (individual e coletiva). São Paulo: RT, 2000. p. 36.

⁹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000. p. 151.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado* (2015). 7. ed. São Paulo: RT, 2021. p. 634.

⁹⁷ A tutela reparatória é a tutela que repara o dano na forma específica. A tutela ressarcitória é a tutela que ressarcie o dano em dinheiro. MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021. p. 76.

⁹⁸ Exerce-se ação para se obter tutela do direito mediante a tutela jurisdicional, MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 80. A atividade jurisdicional gira em torno do direito material, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 96. Assim, pode-se afirmar que do direito de ação decorre também a execução, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos* (2004). 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 125.

Quando a sentença não for autossuficiente,⁹⁹ é preciso pensar em meios que a concretizem, no mundo dos fatos, a condenação, a ordem ou a execução. Esses meios são as técnicas processuais. Existe a técnica antecipatória, voltada a distribuir o peso que o tempo tem na vida das partes de acordo com a urgência ou com a evidência do direito postulado em juízo.¹⁰⁰ Existem também as técnicas executivas, que atuam mediante coerção – forçando o demandado a cumprir – ou mediante sub-rogação – substituindo-se à atuação do demandado.¹⁰¹

Não há uma ligação rígida entre técnica processual e tutela do direito. Os direitos podem ser tutelados de várias formas, a ideia é de mobilidade e de plasticidade.¹⁰² Assim, uma determinada forma de tutela do direito pode ser prestada por diferentes modalidades de sentença: por exemplo, a tutela ressarcitória pode ser prestada por uma sentença condenatória e por uma sentença mandamental. E uma mesma modalidade de sentença pode prestar diferentes tutelas do direito: por exemplo, a sentença mandamental pode ensejar a tutela inibitória, a tutela de remoção do ilícito e a tutela reparatória na forma específica, quando houver um dano que possa ser reparado por um fazer.¹⁰³ Sentença e meios executivos são técnicas para uma adequada prestação da tutela jurisdicional do direito.¹⁰⁴

A compreensão da técnica processual a partir da tutela dos direitos torna possível alcançar às partes a tutela específica aos direitos, inclusive preventiva

⁹⁹ A sentença é autossuficiente quanto basta a declaração ou a constituição na decisão judicial a fim de que a crise de certeza ou de estabilidade se resolva, MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021. p. 79. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* (2015). V. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2021. p. 495.

¹⁰⁰ A propósito, MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória* (2013). 4. ed. São Paulo: RT, 2019.

¹⁰¹ No caso da coerção, o cumprimento da decisão depende da atuação do executado. Por isso, diz-se que a execução é indireta. A coerção pode incidir sobre o patrimônio do executado, por exemplo, por meio da multa coercitiva (art. 537, CPC), e sobre a esfera não patrimonial do demandado, mediante prisão civil, protesto, inclusão em cadastro de inadimplentes, suspensão do direito de dirigir e apreensão de passaporte. O Supremo Tribunal Federal decidiu pela impossibilidade de utilização da prisão civil como técnica executiva, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos (STF, 2ª Turma, HC n. 96.772/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 09/06/2009). No caso da sub-rogação, a técnica executiva atua independentemente da colaboração do executado. Por isso, a execução é direta, mediante, por exemplo, expropriação (art. 825, CPC) e desapossamento (arts. 538 e 808, § 2º, CPC). A propósito, TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas e coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução. *Revista de Processo*, v. 248, p. 139-184, out. 2018.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* (2015). V. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2021. p. 494-495.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 494-495.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 494.

contra o ilícito, rompendo com a lógica de que é preciso que antes haja uma violação ao direito para que depois se possa pensar em uma compensação monetária.¹⁰⁵ Soma-se a isso a importância dos direitos não patrimoniais, como os direitos da personalidade, cuja tutela não se contenta com o binômio condenação-execução forçada, que, no mais das vezes, resulta em uma tutela pelo equivalente monetário.¹⁰⁶

A partir da separação entre ilícito e dano, assume relevo a tutela inibitória.

A tutela inibitória tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito.¹⁰⁷ É preventiva, voltada para o futuro. Não procura reintegrar nem reparar o direito violado.¹⁰⁸ Procura garantir a integridade do direito em si,¹⁰⁹ promovendo, portanto, uma tutela específica. Por essa razão, considera-se a tutela inibitória particularmente apta para a tutela dos direitos da personalidade. Pode ser utilizada, por exemplo, para inibir a divulgação de notícia lesiva à personalidade, ou para impedir a publicação de imagem não autorizada.¹¹⁰

Para que haja lesão a um direito da personalidade, é despendendo o resultado dano.¹¹¹ Dano é pressuposto necessário para a evocação da responsabilidade, para reparação do dano. O fato ilícito por si só é razão suficiente para invocar e obter a proteção judicial.¹¹²

Alguns direitos realizam o seu conteúdo independentemente da colaboração alheia.¹¹³ O titular do direito à imagem não precisa que alguém

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* (2015). V. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2021. p. 614.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 614. TARUFFO, Michele (1943-2020). A atuação executiva dos direitos: perfis comparados (1989). In: TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios. Apresentação, organização e tradução* de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 116. No direito comparado, a *specific performance* reflete “the general principle that an injunction may be awarded when a damages remedy will be inadequate”, HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018); TARUFFO, Michele (1943-2020). *American Civil Procedure: an introduction*. Yale University Press: New Haven e Londres, 1993. p. 199. HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A Justiça Civil: dos Estados Unidos ao Brasil*. São Paulo: RT, 2021 (no prelo).

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* (individual e coletiva) (1998). São Paulo: RT, 2000. p. 26.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 29.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 28.

¹¹⁰ No direito italiano, um dos temas que motivou a doutrina a estabelecer a distinção entre ilícito e dano foi o da tutela contra a concorrência desleal, MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* (individual e coletiva) (1998). São Paulo: RT, 2000. p. 32.

¹¹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000. p. 151.

¹¹² *Ibidem*, p. 151.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* (2015). V. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2021. p. 769, com referência a Mario Comporti.

pratique ou deixe de praticar um ato para ter o seu direito realizado. Quando alguém ameaça agredir o seu direito, surge ao titular do direito à imagem a possibilidade de exigir que o eventual agressor se abstenha de praticar o ato, não porque haja uma relação jurídica entre o titular do direito e o eventual agressor, e, portanto, uma obrigação, mas sim porque o ordenamento garante a inviolabilidade do direito à imagem, conferindo ao seu titular uma espécie de tutela (a inibitória) que assegura o conteúdo do seu direito.¹¹⁴

Nesse sentido, à pretensão de incolumidade de determinado direito da personalidade corresponde o direito à tutela inibitória.¹¹⁵ Trata-se de direitos que, por natureza, não podem ser violados.¹¹⁶

A tutela inibitória pode ser prestada através de ordem que imponha não fazer ou fazer, conforme o ilícito temido seja comissivo ou omissivo.¹¹⁷ Os meios para cumpri-las são diferentes. Se o objetivo do demandante for impedir a prática de um ilícito, a sua repetição ou continuação, a ordem de abstenção deve vir acompanhada de multa fixa, e não de multa periódica. Isso porque, uma vez transgredida a ordem, a multa perde a sua função coercitiva – o ilícito já se consumou. Se o objetivo for constranger o demandado a fazer, desfazer ou cessar uma atividade, é mais adequada a imposição de uma multa periódica. A cada dia que passa sem o atendimento da ordem, aumenta o valor da multa e aumenta, em tese, o seu poder persuasivo.¹¹⁸

Enquanto tutela voltada contra o ilícito, basta ao autor demonstrar a probabilidade de ocorrência, repetição ou continuação do ilícito.¹¹⁹ Não se exige prova do dano nem da culpa.

O dano é um sintoma sensível da violação da norma. Frequentemente, a probabilidade do ilícito é a probabilidade do próprio dano, já que pode ser impossível separá-los cronologicamente.¹²⁰ De qualquer forma, apesar de não

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* (2015). V. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2021. p. 769.

¹¹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil* (2009). 3. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 159.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* (2015). V. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2021. p. 503.

¹¹⁷ É positiva a tutela que impõe um fazer, e negativa a que impõe um não fazer.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado* (2015). 7. ed. São Paulo: RT, 2021. p. 636. A propósito, TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coords.). *Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 379-402.

¹¹⁹ Bastam elementos indiciários. Exigir mais do que isso seria sacrificar o direito que se busca tutelar, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000. p. 150.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* (individual e coletiva) (1998). São Paulo: RT, 2000. p. 35.

ser um pressuposto, o dano pode ser invocado para demonstrar com mais evidência a necessidade da tutela inibitória.¹²¹ Já a culpa é condição geralmente necessária para ressarcir o dano, mas não para a ilicitude do ato.¹²² Se alguém, mesmo sem culpa, estiver na iminência de praticar um ilícito, caberá a tutela inibitória.¹²³

Dentre as técnicas processuais disponíveis para viabilizar a tutela inibitória, destaca-se a técnica antecipatória.¹²⁴ Em grande número de casos, apenas a tutela inibitória antecipada poderá corresponder ao que se espera da tutela preventiva, apta a impedir que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia.¹²⁵

No âmbito das técnicas executivas,¹²⁶ destaca-se a multa coercitiva,¹²⁷ oriunda das *astreintes* francesas.¹²⁸ A multa coercitiva tem por fim convencer

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* (individual e coletiva) (1998). São Paulo: RT, 2000. p. 38.

¹²² ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000. p. 153.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* (individual e coletiva). São Paulo: RT, 2000. p. 39.

¹²⁴ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória* (2013). 4. ed. São Paulo: RT, 2019.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* (individual e coletiva) (1998). São Paulo: RT, 2000. p. 29, p. 143 e seguintes.

¹²⁶ No sistema atual, toda e qualquer técnica processual idônea é tendencialmente permitida para a realização de todo e qualquer direito. Não há um mecanismo predeterminado para efetivar o comando sentencial, de modo que se parte da atipicidade da técnica executiva. Mas nem sempre foi assim: o sistema fundava-se na ideia de que a cada direito corresponde uma ação que lhe assegura (art. 75 do CC/1916) a partir de técnicas típicas e rígidas de execução (CPC/1973). A propósito, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil* (2009). 3. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 160. Id., *Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021. p. 215. Id. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, [s.l.], v. 183, p. 165-194, maio 2010. LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). *Processo de Execução* (1946). 4. ed., com notas de atualização de Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1980. Michele Taruffo crítica a estratégia do sistema alemão, fundada sobre uma rígida tipificação das obrigações e dos correlatos instrumentos de execução forçada, por sua “escassa elasticidade”; “o critério da exclusividade e da correspondência biunívoca dessas tipologias em alguns casos acaba se revelando pouco eficaz”. A atuação executiva dos direitos: perfis comparados (1989). In: TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 98, 99 e 108. A propósito, DAWSON, John. Specific Performance in France and Germany. *Michigan Law Review*, [s.l.], v. 57, n. 4, p. 495-538, 1958-1959. p. 495-538. Destacando a adaptabilidade do direito francês para a proteção dos direitos da personalidade, ZWEIGERT, Konrad (1911-1996); KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law* (1969). 3. ed. (1998). Tradução de Tony Weir. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 708.

¹²⁷ Conforme o art. 537, CPC. A propósito, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 186-189.

¹²⁸ TARUFFO, Michele (1943-2020). A atuação executiva dos direitos: perfis comparados (1989). In: TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 102 e seguintes. DAWSON, John. Specific Performance in France and Germany. *Michigan Law Review*, [s.l.], v. 57, n. 4, p. 495-538, 1958-1959. p. 506 e seguintes. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 233.

o executado a adotar determinado comportamento, pressionando-o conforme a sua resistência. Procura induzi-lo à atuação específica da obrigação.¹²⁹

A multa é bastante versátil, porque pode se adequar ao perfil do executado¹³⁰ e porque pode ser calibrada conforme as vicissitudes do caso concreto.¹³¹ É devida ao exequente e não se confunde com perdas e danos,¹³² nem com multas sancionatórias.¹³³ O limite das *astreintes* é ditado pelo postulado da proporcionalidade.¹³⁴

III. A tutela *ex post*

Mesmo que o ditado popular refira que “prevenir é melhor do que remediar”, em diversos casos a prevenção é simplesmente inalcançável.

Como visto, na tutela inibitória, a busca pela vítima de proteger seu direito à imagem parte de uma premissa básica: o conhecimento prévio da possibilidade de dano. Por consequência lógica, não preenchida a premissa, o direito só atuará quando já ocorrido o fato, que, *a posteriori*, analisará se este é um ilícito, sendo, assim, sempre necessária a análise de cada caso concreto¹³⁵ para constatar ou rechaçar a alegação de dano.

¹²⁹ TARUFFO, Michele (1943-2020). A atuação executiva dos direitos: perfis comparados (1989). In: TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios. Apresentação, organização e tradução* de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 104.

¹³⁰ Conforme o art. 537, *caput*, CPC.

¹³¹ Conforme o art. 537, § 1º, CPC. MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021. p. 219.

¹³² Conforme o art. 500, CPC.

¹³³ Conforme os arts. 77, §§ 1º e 2º, 774, parágrafo único, CPC. Quando o ato atentatório à dignidade da justiça consiste em descumprimento de ordens judiciais (art. 774, IV e V, CPC), o executado deve ser sancionado tanto pela multa do art. 774, parágrafo único, CPC, como por aquela do art. 77, IV, c/c seu § 2.º, CPC. Embora o art. 77, § 2.º se refira também a “ato atentatório à dignidade da justiça”, as sanções dos dispositivos não são equivalentes. A multa do art. 774 reverte em favor da parte, e a multa do art. 77 é dirigida ao Estado (art. 77, § 3.º). MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2021. p. 914.

¹³⁴ O postulado da proporcionalidade indica o cabimento e os limites da técnica executiva em geral, porque se trata de definir qual o melhor meio para promover o fim no caso concreto. MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021. p. 220. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (2003). 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. Especialmente p. 205-221. A propósito, TALAMINI, Eduardo. “Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp”, In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coords.). *Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 379-402.

¹³⁵ A análise de cada caso concreto é de primazia do Direito Civil, mesmo quando há um paralelismo com os direitos fundamentais. Nesse sentido: RODRIGUES JR., Otávio Luiz. O direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive a intimidade. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Sílvio Romero (coord.). *Direito Civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão*. V. 2. São Paulo: Atlas, 2015. p. 6-7.

Necessário reconhecer, ainda, que não há direito efetivamente absoluto, de modo que, mesmo que possa ser reconhecido que tal ato possa ser considerado suficiente para violar o direito à imagem de um particular, quando confrontado com outros direitos também previstos na Constituição, a balança da justiça pode não favorecer o direito à imagem.

O inciso IX do artigo 5º da Constituição prevê que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Para além da dificuldade de realizar tal análise em cada caso concreto, a criação de método que busque, *a priori*, evitar o dano a imagem se traduzirá, inevitavelmente, em censura prévia.

É este o principal motivo pelo qual o enfrentamento de eventuais abusos das liberdades constitucionais ocorre, na grande maioria dos casos, em um momento posterior à ocorrência do dano, que será realizada em duas ocasiões: (i) quando a vítima não sabe que terá o seu direito violado ou (ii) quando a tutela inibitória é inaplicável ante a impossibilidade de sobreposição do direito à imagem a outra norma.¹³⁶

É por tal motivo que a lei prevê que, caso não possa ser efetivada a proteção *ex ante*, fica assegurada a proteção *ex post* de seu direito, demonstrada na parte final dos artigos 20 e 21. Com a ocorrência do dano, reconhecido o ilícito, surge o dever de indenizar, nos termos da leitura conjunta dos artigos 927, 186 e 187 do Código Civil, traduzindo a proteção posterior em responsabilidade civil.

Enfrentada a tutela preventiva (atuação sobre o futuro, para prevenir comportamentos antissociais), nos resta verificar como se efetivam as tutelas reparatória e compensatória (atuação sobre o passado, para recolocar a vítima no *status quo ante*).¹³⁷ Ainda, no campo processual é necessário destacar a necessidade da aplicação de uma tutela repressiva, tanto para as partes do caso concreto, quanto para o restante da sociedade, por intermédio de precedentes que estendam os efeitos do entendimento *erga omnes*.

Para fins de entendimento, é necessário separar, mesmo que a legislação não o faça, do que se entende por reparação e compensação. Neste estudo, a tutela reparatória será referida como a tentativa de restaurar às partes ao

¹³⁶ Ao analisar o conflito de regras, Humberto Ávila refere que tal conflito é necessariamente abstrato, sendo que o resultado é a declaração de invalidade de uma das regras ou é aberta uma exceção. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (2003). 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p.54.

¹³⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 72-73.

seu estado anterior ao dano,¹³⁸ diferente da compensação, reconhecendo a impossibilidade efetiva da reparação integral, a busca a diminuição do prejuízo causado pelo dano, uma reparação parcial, ante a impossibilidade prática da reparação pela natureza do bem jurídico danificado.¹³⁹

1. Da reparação e do ressarcimento dos danos

Reconhecida a ocorrência de um ilícito, surge o dever de indenizar, nos termos do artigo 927 do Código Civil. Apesar de o artigo 20 do código civil prever expressamente a possibilidade de indenização no caso dos direitos à personalidade, a tutela do direito não se resume à compensação, que ocorre, via de regra, pelo equivalente monetário.

É possível, em muitos casos, que a tutela se dê de uma forma mais efetiva e direta, uma tentativa de efetiva reparação do dano, o que se revela pela presença na constituição do direito de resposta, no inciso V do artigo 5º.

O direito de resposta complementa, corrige ou esclarece informações ou fatos divulgados anteriormente e, por tal motivo, para Luiz Paulo Rosek Germano, tal direito se insere como direito à informação¹⁴⁰ e serve como um mecanismo de defesa a qualquer acusação ou crítica que tenha sido patrocinada por quaisquer pessoas e tornada pública, através dos diferentes veículos de comunicação.¹⁴¹

Desta forma, verifica-se que o direito de resposta está ligado, intimamente, com o exercício da atividade jornalística e, ao fim e ao cabo, com o da liberdade de expressão.¹⁴²

Novamente o contexto sociopolítico deve ser analisado com cautela. A previsão do direito de resposta já existia nas Constituições desde 1934 e, infraconstitucionalmente, estava previsto no artigo 16 do decreto n.º 4.743/1923

¹³⁸ Definido por Aristóteles como Justiça Corretiva. ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Tradução de Carlota de Oliveira e Silva. Rio de Janeiro: Ariel, 1933. *E-book*. p. 98.

¹³⁹ Como refere o Ministro Orozimbo Nonato em seu voto na Apelação Cível 8.210: “O dano puramente moral não seria, para muitos, indenizável: 1º – porque é incalculável; 2º – porque seria imoral, algumas vezes, pagar em moeda corrente danos dessa ordem”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Apelação Cível n. 8.210/DF*. Apelantes: Estrada de Ferro Central do Brasil, Henri Jean Perry e União Federal. Apelados: Os mesmos. Relator: Ministro Waldemar Falcão. Rio de Janeiro. 18 jan. 1944. p. 155.

¹⁴⁰ GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Direito de Resposta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. *E-book*. Posição 1777.

¹⁴¹ *Ibidem*, posição 2073.

¹⁴² *Ibidem*, posição 3289.

(Lei de Imprensa),¹⁴³ sem, contudo, definir requisitos ou limitações para seu exercício.¹⁴⁴ A Constituição de 1988 alterou a situação, que passou a referir, expressamente, que o direito de resposta deve ser proporcional ao agravo.

Mesmo sem a previsão no Projeto do Código Reale nem na sua redação final do vigente Código Civil, direito de resposta estava previsto na Lei n.º 5.250/1967 (Lei de Imprensa), que, em um primeiro momento, regulava a liberdade de manifestação do pensamento e de informação no período do governo militar, momento em que ainda havia censura prévia, fato que se alterou em 1988.

Mesmo com a inversão de valores que se deu com a restauração da democracia no Brasil, a legislação vigente ainda era a Lei de Imprensa de 1967, o que levou à provação do Supremo Tribunal Federal para, com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Princípio Fundamental n. 130 em 2009, declarar a lei, em bloco, como não recepcionada.

O vácuo legislativo se manteve até a promulgação da Lei n.º 13.188, em 2015,¹⁴⁵ que regula o direito de resposta ou retificação de forma infraconstitucionalmente, mantendo, contudo, semelhanças aos textos legais anteriores, em um novo contexto e um novo tempo.¹⁴⁶

Mas como pode ser efetivado o direito de resposta? Para que seja efetivamente exercido, tal direito possui alguns requisitos e limitações.

O primeiro requisito, por óbvio, é que somente pode ser exercido, nos termos da própria constituição, em reação à um agravo. Neste sentido, nem a constituição nem a lei determinam efetivamente o que é o agravo, referindo a legislação apenas que é garantido o direito “ao ofendido”¹⁴⁷ em matéria

¹⁴³ Art. 16. Os gerentes de um jornal ou de qualquer publicação periodica são obrigados a inserir, dentro de tres dias, contados do recebimento a resposta de toda a pessoa natural ou juridica que fôr attingida em publicação do mesmo jornal ou periodico por offensas directas ou referencias de facto inveridico ou erroneo, que possa affectar a sua reputação e boa fama.

¹⁴⁴ Para análise mais detalhada sobre o direito de resposta no ordenamento jurídico brasileiro: GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Direito de Resposta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. E-book. Capítulo 6. O direito de resposta nas Constituições brasileiras.

¹⁴⁵ Não sem controvérsia, visto que, promulgada a lei em 11/11/2015, foi ajuizada pela Associação Nacional dos Jornais a Ação Direita de (In)Constitucionalidade (ADIN n.º 5.436) em 14/12/2015. Em 11/03/2021 o Tribunal Pleno declarou inconstitucional apenas a expressão “em juízo colegiado prévio” previsto no artigo 10 da referida lei, ainda sem trânsito em julgado da decisão.

¹⁴⁶ Para Fábio Carvalho Leite, o período entre a não recepção da Lei de Imprensa pelo Supremo Tribunal Federal e a promulgação da nova lei do Direito de Resposta e Retificação não foi suficiente para afetar o direito de resposta. LEITE, Fábio Carvalho. Por uma posição preferencial do direito de resposta nos conflitos entre liberdade de imprensa e direito à honra. *Civilistica.com*, [s.l.], v. 7, n. 2, p. 1-25, 28 out. 2018. p. 2.

¹⁴⁷ Nos termos do artigo 2º da Lei n.º 13.188/2015.

divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. A própria lei exclui a possibilidade de equiparação à matéria dos comentários em páginas eletrônicas, mesmo que realizados nos sítios dos próprios veículos,¹⁴⁸ mas refere que a retratação ou retificação espontânea não são suficientes para extinguir a pretensão de exercício do direito de resposta ou mesmo da ação de reparação por dano moral.¹⁴⁹ O artigo 20 refere especificamente que a utilização de escritos, transmissão da palavra ou publicação, exposição ou utilização da imagem de uma pessoa sem a sua autorização ou as demais exceções do próprio *caput* podem ser proibidas e, caso a ilicitude atinja a sua honra, a boa fama, a respeitabilidade ou seja utilizada para fins comerciais, surge a pretensão indenizatória à vítima. Acresce-se também a vida privada, prevista como inviolável no artigo 21. Assim, para ser preenchido o primeiro requisito, ou seja, da existência de um agravo, pela interpretação sistemática do ordenamento, ela deve corresponder a uma ofensa ao que é referido nos dois artigos do código civil.

Há de se preencher, por sua vez, mais um requisito fundamental, que refere que a resposta deve ser considerada, por si só, direito à informação, complementando ou corrigindo a matéria originária, o que o Ministro Celso de Mello refere como “direito à informação exata e precisa”.¹⁵⁰ Se não há o que respondido ou esclarecido em virtude de referido agravo,¹⁵¹ não há direito à resposta.

Com o preenchimento dos requisitos, nasce a pretensão de exercício do direito, mas, devem ser respeitadas algumas limitações.

A primeira é a definida no artigo 3º Lei 13.188/15, que define prazo decadencial à vítima, que possui tendo sessenta dias contados da data da divulgação, publicação ou transmissão da matéria para o buscar o exercício do direito de resposta¹⁵² na forma extrajudicial. Somente após a negativa

¹⁴⁸ É como define o parágrafo 2º do artigo 2º da Lei n.º 13.188/2015.

¹⁴⁹ Nos termos do parágrafo 3º do artigo 2º da Lei n.º 13.188/2015.

¹⁵⁰ “**Vê-se**, daí, **que a proteção jurídica** ao direito de resposta **permite**, nele, **identificar uma dupla vocação** constitucional, **pois visa** a preservar **tanto** os direitos da personalidade **quanto** assegurar, **a todos**, o exercício do direito à informação exata **e** precisa” (grifos no original). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130*. Arguinte: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília. 30 abr. 2009. Acesso em: 27 mar. 2021.

¹⁵¹ GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Direito de Resposta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. E-book. Posição 2101.

¹⁵² O *caput* do artigo 3º da Lei n.º 13.188/2015 define, além do prazo decadencial, a forma para o exercício do direito de resposta, que deve ser exercido por envio de correspondência com aviso de recebimento diretamente ao veículo que publicou a matéria.

do ofensor em publicar a resposta no prazo de sete dias do recebimento do pedido poderá o ofendido buscar o judiciário.¹⁵³

A segunda limitação, definido no próprio texto da constituição, é que a resposta deve se limitar ao próprio agravo, não podendo ser confundido com “direito de vingança”. Conforme refere o Ministro Luís Felipe Salomão no Recurso Especial nº 296.391/RJ: a ofensa “não constitui crédito ao ofendido para que possa injuriar ou difamar o seu ofensor”.¹⁵⁴

Por fim, uma última limitação encontrada na jurisprudência é a análise da citada “esfera de iluminabilidade”, com uma análise cuidadosa específica sobre se a violação do direito à imagem não está protegida pelo direito à informação da sociedade, descaracterizando, assim, a ocorrência do dano, de forma total ou parcial.

E sem o preenchimento de tais requisitos ou respeitadas as limitações, mantém-se uma violação ao direito de personalidade sem uma forma efetiva e equivalente de reparação, motivo pelo qual é mantida a possibilidade de compensação.¹⁵⁵

Um interessante levantamento jurisprudencial feito por Fábio Leite denotou que, no judiciário fluminense, o direito de resposta é concedido, na maioria dos casos, em concomitância com os pedidos de ressarcimento, de modo que pode se inferir que a fundamentação para o direito de resposta encontra paralelo direto com a indenização.¹⁵⁶

Feitas todas as considerações, há de se destacar que em pesquisa realizada em 2017 pelo *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), há indícios que demonstram que as notícias falsas envolvendo política tem maior alcance e atingem mais pessoas em menor tempo. Tendo em vista que, atualmente, mesmo que uma notícia seja publicada no mesmo meio de comunicação, não

¹⁵³ Como define o *caput* do artigo 5º da Lei n.º 13.188/2015:

Art. 5º Se o veículo de comunicação social ou quem por ele responda não divulgar, publicar ou transmitir a resposta ou retificação no prazo de 7 (sete) dias, contado do recebimento do respectivo pedido, na forma do art. 3º, restará caracterizado o interesse jurídico para a propositura de ação judicial.

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 296.391/RJ*. Recorrente: César Epitácio Maia. Recorrido: Leonel de Moura Brizola. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília. 19 mar. 2009. Acesso em: 4 abr. 2021.

¹⁵⁵ Como já referido, a legislação refere expressamente que o exercício do direito de resposta não exclui ou afeta a pretensão de indenização por danos extrapatrimoniais (§ 3º do artigo 2º da Lei 13.188/2015), o que denota que a reparação, no caso do direito de resposta, pode não ser (e provavelmente não será) integral.

¹⁵⁶ LEITE, Fábio Carvalho. Por uma posição preferencial do direito de resposta nos conflitos entre liberdade de imprensa e direito à honra. *Civilistica.com*, [s.l.], v. 7, n. 2, p. 1-25, 28 out. 2018. p. 4.

há garantia que atinja o mesmo alcance ou a mesma quantidade de pessoas, é preciso admitir que a resposta parece estar perdendo a sua força reparatória.¹⁵⁷

E sem a possibilidade de reparação integral, é não há como afastar o caráter personalíssimo, infungível e, de certa forma, irreparável, do direito à imagem. Assim como Sérgio Severo sustenta: que “uma vida ou um braço não podem ser substituídos por gêneros de idêntica natureza”,¹⁵⁸ mesmo que não possuam um caráter físico, os direitos de personalidade também não podem ser recompostos, ou seja, possuem caráter extrapatrimonial.

Como define o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: “A expressão dano extrapatrimonial abrange, fundamentalmente, os prejuízos sem conteúdo econômico que violam ‘a esfera existencial da pessoa humana’”.¹⁵⁹

Ocorre que há grande dificuldade em mensurar o dano que não possui o caráter efetivamente patrimonial, de modo que, impossível, efetivamente, de reestabelecer o estado anterior das partes. Como consequência, há necessidade de ser realizado um arbitramento, baseado na razoabilidade do julgador heterônomo,¹⁶⁰ para que seja calculado o dano e, como consequência, a sua compensação. A compensação, assim como o direito à reposta e como previsto no artigo 927 do Código Civil, fica adstrita à proporção do dano.

Cabe, contudo, ressaltar que há uma diferenciação quando a violação se dá com base na destinação a fins comerciais, nos termos do final do artigo 20 do Código Civil.

A Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça define que “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”. Ao contrário da honra, boa fama ou respeitabilidade, não há necessidade de um prejuízo à vítima para que determinar a compensação. O que se pune é o descumprimento à regra, a violação do direito de outrem para proveito próprio.

¹⁵⁷ “In particular, we determined that false political news traveled deeper and more broadly, reached more people, and was more viral than any other category of false information. False political news also diffused deeper more quickly, and reached more than 20,000 people nearly three times faster than all other types of false news reached 10,000 people”. VOSOUGH, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. *The spread of true and false News online*. Cambridge: MIT Initiative on the digital economy, 2017.

¹⁵⁸ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, cit., p. 193.

¹⁵⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 257.

¹⁶⁰ “Valoriza-se, amplamente, o arbitramento judicial da indenização correspondente ao dano extrapatrimonial, que deverá ser fixada com razoabilidade de molde a satisfazer da forma mais completa possível, mas sem exageros, a vítima (direta ou por ricochete) pela ofensa recebida, aplicando-se, assim, ainda que de forma mitigada, o princípio da reparação integral aos prejuízos extrapatrimoniais”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 269.

Diferentemente do exposto até aqui, há casos em que é possível mensurar o valor do ilícito e até mesmo vincular o ganho econômico à imagem da vítima.¹⁶¹

Da mesma forma que pessoas em cargos importantes ou consideradas “celebridades”, possuem uma menor proteção em relação à sua privacidade, também possuem relativo valor comercial, não sendo rara a sua contratação por agências de publicidade para efetivamente figurarem em campanhas publicitárias.

Há diferença de tratamento entre um caso em que o uso da imagem de forma ilícita para o proveito econômico pode gerar dano material. Pessoas que trabalham com sua imagem, como atores/atrizes ou modelos, possuem a mesma diferenciação, sendo mais patente que o proveito econômico desautorizado não está vinculado a uma contraprestação contratada.

Surgem, assim, três possibilidades: a que considera que o ganho econômico se deu exclusivamente pelo ilícito, caso em que é possível reverter todo o ganho para a vítima; a que considera que parte do ganho econômico se deu pelo ilícito, motivando a compensação parcial; e, por fim, a que não há como vincular o ilícito ao ganho econômico.¹⁶²

Portanto, verifica-se que o sistema brasileiro, optando por dar maior proteção ao direito à informação e à liberdade de expressão acaba por concentrar os litígios sobre direito a personalidade em ações de ressarcimento, o que pode potencializar o uso da tutela repressiva.

2. *Tutelas repressivas e prescrição*

Uma vez ocorrido o ato ilícito, não se pode mais falar em tutela preventiva. Restam as tutelas repressivas, contra o ilícito – tutela de remoção do ilícito ou reintegratória –, e contra o dano – tutela reparatória e tutela ressarcitória.

Por um lado, tem-se que uma proteção eficiente direitos da personalidade só é concebível sob a forma da tutela preventiva. As providências

¹⁶¹ Giovanni Nanni refere, com base na doutrina italiana de Paolo Gallo, que “o uso abusivo de imagem alheia suscita questão do enriquecimento sem causa”, fazendo a ressalva que na Itália a jurisprudência reconhece tal ocorrência e que, para Gallo, “há dificuldade de individualizar e quantificar eventuais danos”, o que reconduz ao campo do enriquecimento sem causa. Os tribunais brasileiros, a exemplo dos italianos, também não citam a utilização de tal instituto, mesmo que este tenha base no ilícito baseado em má-fé na utilização da imagem alheia. NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 322-325.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.208.612/RJ. Recorrente: Empresa Folha da Manhã S.A. e Infoglobo Comunicações e Participações S.A. Recorrido: E. L. DA B. M. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília. 15 mar. 2011.

repressivas têm valor reduzido, se é que algum tem.¹⁶³ Houve uma mudança da sensibilidade social a esse respeito, no sentido de que se refuta a conversão de qualquer situação jurídica em dinheiro.¹⁶⁴ Reconhece-se que é péssima uma tutela pressupõe violação do direito para intervenção somente *ex post* e somente onde houver dano monetarizável.¹⁶⁵

Por outro lado, também não se ignora que muitas vezes a ofensa ao direito da personalidade resultará em uma compensação pecuniária. Essa compensação terá lugar precisamente porque pode ser impossível a restituição do bem jurídico violado, dada a sua natureza pessoal e intangível.¹⁶⁶ Ainda que a tutela inibitória seja a ideal, o direito não pode ser desconsiderado após o dano.¹⁶⁷

A tutela de remoção do ilícito visa a eliminar uma situação de ilicitude ou a remover os efeitos concretos derivados de uma ação ilícita.¹⁶⁸ Procura restabelecer a situação anterior ao ato¹⁶⁹ Tem como pressuposto a ocorrência do ilícito, de modo que basta a transgressão da norma.¹⁷⁰ Não significa reparar o dano, mas remover a causa de um eventual dano.¹⁷¹

É facilmente perceptível, por exemplo, quando alguém não instala uma tecnologia necessária para a proteção do meio ambiente. A sentença que determina a instalação desse equipamento necessário presta tutela de remoção do ilícito. Também se pode pensar na busca e apreensão de produto exposto à venda cujo conteúdo contém composto proibido por norma de proteção à saúde, na remoção de cartazes publicitários que configurem concorrência desleal, na demolição de obra construída em local proibido pela legislação

¹⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000. p. 36. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro et al. *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 5.

¹⁶⁴ TARUFFO, Michele (1943-2020). A atuação executiva dos direitos: perfis comparados (1989). In: TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 115.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 115.

¹⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 49, p. 40-76, jan./mar. 2004.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 125.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2021. p. 634.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 499.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 511.

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 207.

ambiental e na remoção de lixo tóxico despejado em local não autorizado.¹⁷² Mas será mesmo possível remover o ilícito que viole o direito à imagem, restabelecendo a situação anterior à violação?

Contra o dano, a tutela reparatória tem por vir estabelecer a situação que existiria caso o dano não tivesse sido produzido.¹⁷³ Pretende eliminar o estrago provocado pelo fato danoso, por exemplo, mediante a entrega de coisa igual à destruída. A tutela reparatória é a que melhor corresponde ao fim de restaurar,¹⁷⁴ por reparar o dano de forma específica.

A dificuldade da tutela específica, no caso de dano ao direito à imagem, é que muito dificilmente se pode restaurar ao atingido seu idêntico interesse violado.¹⁷⁵ Pode-se cogitar, por exemplo, da publicação da sentença,¹⁷⁶ do direito de resposta ou de retificação.¹⁷⁷

Contudo, haverá casos em que é impossível estabelecer uma situação equivalente à que existiria caso o dano não tivesse ocorrido. Então, como prêmio de consolação, acena-se ao credor com o pagamento de uma quantia em dinheiro, que nem sempre constituirá uma compensação adequada.¹⁷⁸ Por exemplo, tem-se o caso em que embriões criopreservados foram descartados sem o consentimento do casal.¹⁷⁹ Da mesma forma, uma vez divulgado o fato

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2021. p. 634.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2021. p. 499.

¹⁷⁴ AGUIAR DIAS, José de (1906-1996). *Da Responsabilidade Civil* (1944). 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 833.

¹⁷⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000. p. 108.

¹⁷⁶ No direito italiano, o art. 120, primeira parte, do CPC refere que “nos casos em que a publicidade da decisão de mérito pode contribuir para a reparação do dano, o juiz, diante de requerimento da parte, pode ordená-la aos cuidados e despesas da parte sucumbente, mediante inserção por extrato em um ou mais jornais por ele designados”, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2021. p. 516.

¹⁷⁷ No direito comparado, ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. 3. ed. Tradução de Tony Weir. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 697.

¹⁷⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro et al. *Temas de Direito Processual* (Segunda Série). São Paulo: Saraiva, 1988. p. 23.

¹⁷⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 0212660-67.2008.8.26.0000*. Apelantes: Luzimar Cesar Maciel e Silvio Antonio da Silva. Apelado: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Des. Antonio Carlos Malheiros. São Paulo. 7 ago. 2012. Acesso em: 4 abr. 2021. Os apelantes pretendiam compensação no valor de R\$ 400.000, e o Tribunal reduziu o valor para R\$ 20.000.

da vida íntima, toda providência de caráter sancionatório constituirá prêmio de consolação.¹⁸⁰

Precisamente porque impossível restituir o bem jurídico violado, tem lugar a compensação pecuniária, que se legitima de forma subsidiária.¹⁸¹ De todo modo, ressalta-se que, sozinha, a tutela ressarcitória é estruturalmente inadequada para assegurar a tutela aos direitos de conteúdo não patrimonial.¹⁸² Isso porque, na maioria das vezes, substitui o direito originário por um direito de crédito equivalente ao valor do dano verificado e, nesse sentido, tem por escopo apenas garantir a integridade patrimonial dos direitos.¹⁸³ Já a tutela inibitória não tem caráter sub-rogatório: visa a garantir a integridade do direito em si.¹⁸⁴

A prescrição é um conceito de direito material com importantes reflexos no direito processual. Se regras prescricionais muito restritas podem dificultar e eventualmente impedir a realização dos direitos em geral,¹⁸⁵ a questão se agrava diante dos direitos da personalidade, enquanto objetos particularmente valiosos de proteção jurídica.¹⁸⁶

Embora as pretensões fundadas nos direitos da personalidade sejam imprescritíveis, o Código Civil não esclarece se a imprescritibilidade atinge o poder de exigir prestações de respeito aos direitos da personalidade ou, ainda, se atingiriam o poder de exigir compensação pelos danos decorrentes da violação.¹⁸⁷

Pode-se identificar pelo menos duas correntes na doutrina.

Por um lado, sustenta-se que os direitos da personalidade são imprescritíveis porque as violações a eles jamais convalidam. Nesse sentido, “a lesão à imagem, à privacidade ou à honra jamais se convalida. A antijuridicidade

¹⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro et al. *Temas de Direito Processual* (Segunda Série). São Paulo: Saraiva, 1988. p. 32.

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 125. AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 833.

¹⁸² ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000. p. 25.

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* (individual e coletiva). São Paulo: RT, 2000. p. 28.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 28.

¹⁸⁵ BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (org.). *Personality Rights in European Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 94.

¹⁸⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 101, refere-se a “particularly valuable objects of legal protection”.

¹⁸⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 51, p. 101-120, 2010. p. 118.

atua de maneira contínua contra a dignidade da pessoa humana. A violação se preserva enquanto a personalidade estiver atingida, seguindo-se pretensões ressarcitórias sempre atuais”¹⁸⁸

As violações a direitos da personalidade são em si hipóteses de dano continuado. Não é preciso ter mente o momento da lesão inicial, porque “a cada dia se renova e intensifica a violação à ordem jurídica representada pelo ato danoso”, mantendo-se sempre atual a pretensão.¹⁸⁹

Por outro lado, distingue-se entre a pretensão relativa à lesão a um direito da personalidade e a pretensão compensatória decorrente de um eventual dano à personalidade. Embora os direitos da personalidade em si sejam imprescritíveis, as pretensões pecuniárias decorrentes desses direitos podem prescrever.¹⁹⁰ Por exemplo, se alguém, indevidamente, utilizar-se da imagem de outrem, a pretensão de impedir que a pessoa continue se valendo daquela imagem não sofrerá limitação temporal, podendo ser exercida a qualquer tempo. Mas prescreverá em três anos a pretensão de compensação pecuniária do dano causado à imagem.¹⁹¹

Nessa linha, imprescritível é a pretensão de garantir o exercício do direito da personalidade, mas não a de compensar pecuniariamente um eventual dano sofrido.¹⁹² Assim decidiu a Décima Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em caso envolvendo a publicação de matéria jornalística ofensiva à imagem do autor.¹⁹³ Na apelação, cumulou-se o pedido de indenização a título de danos morais com o pedido de retirada de matéria

¹⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 366.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 366-367.

¹⁹⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da; LGOW, Carla Wainer Chalréo. Prescrição extintiva: questões controversas. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*, v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 565. nota 6.

¹⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 143. Outro exemplo: o direito que possui o autor de defender a obra de sua autoria é imprescritível. A qualquer momento, poderá requerer seja retirada de circulação a obra plagiada, seja identificada sua autoria, etc. O que prescreve é apenas o *direito à indenização*, caso tenha sofrido algum prejuízo patrimonial em razão do plágio, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prescrição e decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. item 12.3. f.5.

¹⁹² A exceção a essa regra estaria na compensação de danos causados por prisão ou tortura durante o regime militar, considerada imprescritível. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 970.753*. Agravante: União. Agravado: Otto José Walter Schneider. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília. 21 out. 2008. Acesso em: 4 abr. 2021.

¹⁹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70081580771*. Apelante: Jaime Peluci Mendes. Apelado: Gráfica Diário Popular Ltda. Relator: Des. Marcelo Cezar Müller. Porto Alegre. 27 jun. 2019. Acesso em: 4 abr. 2021.

jornalística do site do jornal. O Tribunal considerou que a pretensão indenizatória estava prescrita, com base no art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Quanto ao pedido de retirada da matéria, afirmou que a pretensão estava “lastreada em suposta ofensa aos direitos de personalidade do autor, consistente na publicação de reportagem (no jornal impresso e no sítio eletrônico) que teria maculado a imagem do requerente”, sendo, portanto, imprescritível.

De todo modo, questiona-se a adequação do prazo de três anos previsto no art. 206, §3º, V, do Código Civil. A violação a direitos da personalidade pode envolver um longo período de latência. O interessado pode hesitar quanto ao ajuizamento da ação, já que o próprio processo pode ser uma ocasião de risco para o direito à intimidade.¹⁹⁴ Nada obstante, muitas vezes, as violações a direitos da personalidade são insuscetíveis de reparação na forma específica, restando apenas a via compensatória.

A rigor, a partir do art. 189, do Código Civil, a contagem do prazo prescricional tem início com o surgimento da pretensão, que enseja a exigibilidade do direito. Essa solução pode se mostrar inadequada, já que é possível violar o direito à imagem – ou outro direito – sem que o titular saiba. Por isso, defende-se que a fluência do prazo prescricional deve partir do conhecimento da violação ou da ameaça de violação ao direito pelo respectivo titular.¹⁹⁵ Nesse sentido, a posição do Superior Tribunal de Justiça.¹⁹⁶

¹⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro et al. *Temas de Direito Processual* (Segunda Série). São Paulo: Saraiva, 1988. p. 3-20. p. 7.

¹⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 622.

¹⁹⁶ Em caso envolvendo utilização equivocada de substância tóxica em desinsetização em posto de saúde, afirmou-se que a prescrição “quando cabível a prescrição, deve ter, como, marco inicial, a efetiva ocorrência e a identificação da extensão da lesão (princípio da *actio nata*, segundo o STJ), sobretudo no campo da proteção da saúde das pessoas e de outros direitos da personalidade, bem como de danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada, condições que exigem, amiúde, sofisticados e dispendiosos exames laboratoriais ou de campo”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.236.863*. Recorrente: Fundação Nacional de Saúde. Recorridos: Ministério Público Federal, Estado do Espírito Santo, Município de Serra. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília. 27 fev. 2012. Acesso em: 4 abr. 2021. Em caso de “danos aos direitos da personalidade causados pela troca de bebês em maternidade pública”, decidiu-se que “o prazo prescricional deve ter início a partir do conhecimento da violação ou da lesão ao direito subjetivo”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.682.737*. Agravante: Estado do Acre. Agravados: Luiz Domingos Ribeiro e Maria Nogueira Socorro Ribeiro. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília. 15 maio 2018. Acesso em: 4 abr. 2021.

No direito comparado, a tendência é de redução dos prazos prescricionais em geral.¹⁹⁷ Mas também se verifica a ressalva quanto às lesões mais graves à pessoa humana. Na Alemanha, o prazo geral de prescrição era de 30 anos, tendo sido reduzido, com a reforma de 2002, para três, contados, em regra, a partir da ciência do fato. Especificamente para a hipótese de lesão à vida, ao corpo, à saúde e à liberdade, o prazo prescricional é de 30 anos, independentemente da ciência do titular do direito.¹⁹⁸ Assim, embora o prazo geral tenha sido reduzido para três anos, a pretensão de reparação das lesões mais graves à pessoa humana foi mantida em 30 anos.¹⁹⁹

IV. Considerações finais

A partir da exposição feita, que delimitou contornos ao direito à imagem, à reparação de danos e às tutelas disponíveis (preventiva e repressiva), pode-se recuperar os casos hipotéticos apresentados na introdução do estudo e indicar possíveis respostas.

No “Caso do político corrupto”, apesar de a tutela inibitória melhor concretizar os direitos de personalidade, os precedentes do Supremo Tribunal Federal indicam uma prevalência à liberdade de expressão e de imprensa, especialmente se a matéria jornalística (ou biografia) tiver cunho informativo e os fatos forem verdadeiros. Excessos serão corrigidos posteriormente, por meio de tutelas reparatória e ressarcitória, mesmo sem a necessidade de busca pelo Direito Eleitoral ou mesmo Direito Penal.

Além disso, é comum que o noticiário veicule fatos, opiniões e críticas sobre pessoas notórias. No caso de um político, caso haja interesse público atinente à matéria e não o sejam imputadas condutas inverídicas ou atos

¹⁹⁷ ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 86. “(...) there is a clear tendency towards shorter periods of prescription”, “it is generally recognized today that the ever-increasing ‘acceleration of history’ had rendered that period [30 anos previstos pelo BGB (1900)] entirely unsuitable to modern circumstances” e, na nota 101: “the trend towards shorter periods started much earlier. Generally, one may say that the history of the prescription periods is the history of these periods gradually becoming shorter.”

¹⁹⁸ Conforme § 199, 2, BGB.

¹⁹⁹ NORDMEIER, Carl Friedrich. O Novo Direito das Obrigações no Código Civil Alemão: a Reforma de 2002. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito UFRGS*, Porto Alegre, n. 1, p. 203-236, 2004. p. 217-219. MORAES, Maria Celina Bodin de. Prescrição, efetividade dos direitos e danos à pessoa humana. *Civilística*, [s.l.], v. 6, n. 1, p. 1-7, 2017., associa a ampliação do prazo prescricional à garantia de máxima efetividade dos direitos fundamentais.

criminosos, não haveria violação do direito à imagem.²⁰⁰ Contudo, caso lhe seja imputado um crime, ou os fatos não sejam de interesse público, ou sejam inverídicos, haverá pretensão jurídica para a tutela *ex post*.

No “Caso da foto em local público”, o titular do direito à imagem tem, em tese, o direito de inibir tanto a captura quanto a divulgação da foto quando não houver autorização sua, não importando o fato de a fotografia já ter sido capturada e/ou divulgada anteriormente. A notoriedade da pessoa pode fazer com que o âmbito inicial de inibição seja reduzido; no entanto, ela ainda assim poderá se insurgir contra a captura e/ou divulgação de fotos que não tenham relação com a atividade por ela exercida, ou que não apresentem efetivo interesse público. Caso a foto seja feita em local público (como, por exemplo, em fotos panorama), o destaque na pessoa retratada e a finalidade da divulgação serão questões decisivas para determinar a possibilidade de inibição.

Também é necessário destacar a importância da veracidade da informação transmitida. Com a tecnologia atual, imagens podem ser facilmente manipuladas, o que as tornaria inverídicas, atingindo a imagem da vítima. O Supremo Tribunal Federal firmou posição no sentido de que a crítica é livre em relação a políticos, mesmo em período eleitoral e com utilização de caricaturas. Por outro lado, caso a pessoa retratada não seja notória, a sátira pode ser considerada uma ofensa à sua imagem, permitindo a tutela *ex post*.

Referências

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos de personalidade no Direito brasileiro em perspectiva atual. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 24, p. 81-111, jan./jun. 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000.

²⁰⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70078623436. Apelante: Alexander Penz Mendes. Apelado: Jornal Toda Hora. Relator: Eduardo Kraemer. Porto Alegre. 24 out. 2018.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Tradução de Carlota de Oliveira e Silva. Rio de Janeiro: Ariel, 1933. *E-book*.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (2003). 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro *et al.* *Temas de Direito Processual* (Segunda Série). São Paulo: Saraiva, 1988. p. 30-44.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro *et al.* *Temas de Direito Processual* (Segunda Série). São Paulo: Saraiva, 1988. p. 3-20.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro *et al.* *Temas de Direito Processual* (Segunda Série). São Paulo: Saraiva, 1988. p. 21-29.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 234, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed., rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.682.737*. Agravante: Estado do Acre. Agravados: Luiz Domingos Ribeiro e Maria Nogueira Socorro Ribeiro. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília. 15 maio 2018. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 970.753*. Agravante: União. Agravado: Otto José Walter Schneider. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília. 21 out. 2008. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 230.268/SP*. Embargante: Maria Aparecida Santos Cota. Embargado: Avon Cosméticos Ltda. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília. 11 dez. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 46.420/SP*. Recorrentes: Confederação Brasileira de Futebol – CBF e Editora Abril S.A. Recorridos: Clodoaldo Tavares Santana e Outros. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília. 12 set. 1994. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 230.268/SP*. Recorrente: Maria Aparecida Santos Costa. Recorrido: Avon Cosméticos Ltda. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília. 13 mar. 2001. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 270.730/RJ*. Recorrente: Maitê Proença Gallo. Recorrido: S/A Editora Tribuna da Imprensa. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Redatora p/ Acórdão: Ministra Nancy Andriahi. Brasília. 19 dez. 2000. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 296.391/RJ*. Recorrente: César Epitácio Maia. Recorrido: Leonel de Moura Brizola. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília. 19 mar. 2009. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 569.812/SC*. Recorrente: Débora Cristina Rosa. Recorrido: Trip Editora e Propaganda Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Brasília. 16 jun. 2005. Acesso: 4 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 595.600/SC*. Recorrente: Maria Aparecida de Almeida Padilha. Recorrido: RBS – Zero Hora Editora Jornalística S.A. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília. 18 mar. 2004. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 794.586/RJ*. Recorrente: TV Globo Ltda. Recorrido: Natal Pires da Silva. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília. 15 mar. 2012. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.005.278/SE*. Recorrente: Jane Ferreira Calheiros de Melo. Recorrido: Cinform Central de Informações Comerciais Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. 4 nov. 2010. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.217.422/MG*. Recorrente: S. W. N. M. (Menor). Recorrido: Rodrigo Cabreira de Mattos. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília. 23 set. 2014. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.236.863*. Recorrente: Fundação Nacional de Saúde. Recorridos: Ministério Público Federal, Estado do Espírito Santo, Município de Serra. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília. 27 fev. 2012. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.291.865/RJ*. Recorrente: Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. Recorrida: Gabriele Fernandes de Oliveira. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília. 25 jun. 2013. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.384.424/SP*. Recorrente: Patrício Roberto Arnold e Outro. Recorrido: Editora Canaã. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. 11 out. 2016. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451*. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília. 21 jun. 2018. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815*. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília. 10 jun. 2015. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 690.841*. Agravante: Alexandre Augusto de Faria Machado. Agravado: Jânio Sérgio de Freitas Cunha. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. 21 jun. 2011. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 705.630*. Agravante: Cláudio Humberto de Oliveira Rosa e Silva. Agravado: Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. 22 mar. 2011. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Apelação Cível n. 8.210/DF*. Apelantes: Estrada de Ferro Central do Brasil, Henri Jean Perry e União Federal. Apelados: Os mesmos. Relator: Ministro Waldemar Falcão. Rio de Janeiro. 18 jan. 1944.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130*. Arguinte: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília. 30 abr. 2009. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 82.424*. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Redator p/ Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília. 17 set. 2003. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 24.832*. Impetrante: Law Kin Chong. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados – CPI da Pirataria. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília. 18 mar. 2004. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 91.328/SP*. Recorrente: Instituto Cultura e Editora Canadian Post Ltda. Recorridos: Dennis de Carvalho e Outra. Relator: Ministro Djaci Falcão. Brasília. 2 out. 1981. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 95.872/RJ*. Recorrente: O Globo – Empresa Jornalística Brasileira Ltda. Recorrida: Irinéia de Souza. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília. 1 out. 1982. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 215.984-1/RJ*. Recorrente: Cássia Kis. Recorrida: Ediouro S/A. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília. 4 jun. 2002. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (ed.). *Personality rights in European Tort Law*. Cambridge: University Press, 2010.

- CACHAPUZ, Maria Cláudia. Liberdades colidentes e relações privadas: as biografias não autorizadas e a proposta de alteração do art. 20 do Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, [s.l.], a. 3, n. 2, p. 585-609, 2017.
- DAWSON, John. Specific Performance in France and Germany. *Michigan Law Review*, [s.l.], v. 57, n. 4, p. 495-538, 1958-1959.
- DIEGO, Manuel Sánchez de. Right to one's image in Spain: what it is and what it is not. *Journal of Information Policy*, [s.l.], v. 8, p. 401-416, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo* (1987). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Direito de Resposta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. *E-book*.
- GOMES, Orlando. *Código Civil: projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008.
- GONÇALVES, Diogo Costa. Revisitando a origem histórico-dogmática dos direitos de personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, [s.l.], v. 15, p. 387-404, abr./jun. 2018.
- GONÇALVES, Diogo Costa. Reflexões sobre a recepção dos direitos de personalidade no Brasil e os desafios metodológicos contemporâneos. *Revista de Direito Civil*, [s.l.], v. 5, n. 1, p. 127-168, 2020.
- GORDLEY, James. Myths of the French Civil Code. *The American Journal of Comparative Law*, Baltimore, v. 42, n. 3, p. 459-505, July 1994.
- HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018); TARUFFO, Michele (1943-2020). *American Civil Procedure: an introduction*. Yale University Press: New Haven and London, 1993.
- HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018); TARUFFO, Michele (1943-2020); MITIDIERO, Daniel. *A Justiça Civil: dos Estados Unidos ao Brasil*. São Paulo: RT, 2021 (no prelo).
- LEITE, Fábio Carvalho. Por uma posição preferencial do direito de resposta nos conflitos entre liberdade de imprensa e direito à honra. *Civilistica.com*, [s.l.], v. 7, n. 2, p. 1-25, 28 out. 2018.

- LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 51, p. 101-120, 2010.
- LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). *Processo de Execução* (1946). 4. ed., com notas de atualização de Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1980.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- LOUREIRO, Henrique Vergueiro. *Direito à imagem*. 2005. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos* (2004). 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* (individual e coletiva) (1998). 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado* (2015). 7. ed. São Paulo: RT, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil* (2015). V. 1. 6. ed. São Paulo: RT, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil* (2015). V. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2021.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. Comentário ao art. 20. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil: Direito Privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 49, p. 40-76, jan./mar. 2004.
- MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do Processo Civil no Estado Constitucional. *Revista de Processo*, [s.l.], v. 229, p. 51-74, mar. 2014.
- MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória* (2013). 4. ed. São Paulo: RT, 2019.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil* (2009). 3. ed. São Paulo: RT, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, [s.l.], v. 183, p. 165-194, maio 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Prescrição, efetividade dos direitos e danos à pessoa humana. *Civilística*, [s.l.], v. 6, n. 1, p. 1-7, 2017.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem (I). *Doutrinas essenciais de Direitos Humanos*, [s.l.], v. 2, p. 1089-1117, ago. 2011.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEUER, Jorg. Direitos da personalidade. *Direitos Fundamentais & Justiça*, [s.l.], ano 13, n. 40, p. 43-82, jan./jun. 2019.

NORDMEIER, Carl Friedrich. O Novo Direito das Obrigações no Código Civil Alemão: a Reforma de 2002. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito UFRGS*, Porto Alegre, n. 1, p. 203-236, 2004.

PENTEADO, Luciano de Camargo. O direito à vida, o direito ao corpo e às partes do corpo, o direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive intimidade. *Revista de Direito Privado*, [s.l.], v. 49, p. 73-109, jan./mar. 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. T. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n. 077193*. Relator: Solano Viana. Lisboa. 24 mai. 1989. Acesso em: 4 abr. 2021.

REALE, Miguel (1910-2006). *História do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70069378206*. Apelantes: Emerson Robson Campos e Caroline Silveira Martinez-ME. Apelados: Os mesmos. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre. 24 ago. 2016. Acesso em: 4 abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70081580771*. Apelante: Jaime Peluci Mendes. Apelado: Gráfica Diário Popular Ltda. Relator: Des. Marcelo Cezar Müller. Porto Alegre. 27 jun. 2019. Acesso em: 4 abr. 2021.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil. In: CASSETTARI, Christiano. *10 Anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. O direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive a intimidade. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Sílvio Romero (coord.). *Direito Civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão*. V. 2. São Paulo: Atlas, 2015.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Direitos fundamentais e direitos da personalidade. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). *30 Anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROMANO, Rafael Salomão. O filme *Rogue One: Uma História Star Wars* e o direito de imagem. *CONJUR*, [s.l.], 29 dez. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-29/rafael-salomao-romano-filme-rogue-onee-direito-imagem>. Acesso em: 28 mar. 2021.

ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2020.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 0005382-65.2009.8.26.0581*. Apelante: Prefeitura Municipal de Areiópolis. Apelado: João Carlos Carvalho. Relator: Des. Fermino Magnani Filho. São Paulo. 28 ago. 2013. Acesso em: 4 abr. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 0212660-67.2008.8.26.0000*. Apelantes: Luzimar Cesar Maciel e Sílvio Antonio da Silva. Apelado: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Des. Antonio Carlos Malheiros. São Paulo. 7 ago. 2012. Acesso em: 4 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TARUFFO, Michele (1943-2020). A atuação executiva dos direitos: perfis comparados (1989). In: TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 85-116.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta (1997). In: TARUFFO, Michele. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 219-234.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do marco civil da internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 15, p. 93-127, abr./jun. 2018.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. *The spread of true and false News online*. Cambridge: MIT Initiative on the digital economy, 2017.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção da imagem na Alemanha. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, p. 1-35, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/a-protecao-da-imagem-na-alemanha/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

ZWEIGERT, Konrad (1911-1996); KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law* (1969). 3. ed. (1998). Tradução de Tony Weir. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Causas de imputação da responsabilidade civil na contemporaneidade: dos “filtros tradicionais” ao novo contexto relacional

Carolina da Rosa Roncatto*

Luísa Dresch da Silveira Jacques**

Sumário: I. Introdução. II. A responsabilidade civil contemporânea: a superação da visão clássica. 1. A aplicabilidade limitada do primeiro “filtro tradicional”. 2. A “erosão” do segundo “filtro tradicional”. III. A responsabilidade civil e as novas tecnologias: o novo contexto relacional. 1. A relação entre sujeitos: responsabilidade civil e influenciadores digitais. 2. A relação sujeito-objeto: responsabilidade civil e “IOT”. IV. Considerações finais.

I. Introdução

A responsabilidade civil é uma obrigação decorrente da lei, a qual faz surgir para um o dever de reparar o dano sofrido por outro. Na sua origem, é um sistema de imputação da obrigação ao causador do dano, que nasceu da consciência coletiva do direito de vingança reconhecido à vítima, reação que operava, ao mesmo tempo, reparação do dano e a punição do autor; contudo, com o passar do tempo, esse direito de vingança do lesado passou a poder ser elidido mediante o pagamento de quantia em dinheiro por parte do autor do dano.¹

* Mestranda junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sob orientação da Profa. Dra. Tula Wesendonck. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS. Vinculada aos Grupos de Pesquisa CNPq “Direitos da Personalidade e Responsabilidade Civil no Direito Civil Contemporâneo” e “Grupo de Estudos e Pesquisa de Filosofia do Direito Privado”. Advogada. E-mail: carolina.roncatto@silveiro.com.br.

** Mestranda junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sob orientação da Profa. Dra. Tula Wesendonck. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS. Vinculada ao Grupo de Pesquisa CNPq “Direitos da Personalidade e Responsabilidade Civil no Direito Civil Contemporâneo”. Advogada. E-mail: luisa.dresch@silveiro.com.br.

¹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 480.

No Direito Romano, a Lei das XII Tábuas (século V a.C.) é referência para um período de transição do sistema da *revindicta* no qual a autoridade pública passou a intervir: de um lado, tarifou e obrigou o ofendido a aceitar a indenização em valor e, de outro lado, passou a punir determinados fatos que ofendiam especialmente a ordem social. Delineou-se, a partir desse momento, a diferenciação entre a ação privada de interesse individual do ofendido, que buscava a reparação do dano, e a ação pública de interesse coletivo cabível ao Estado, perseguindo a punição do autor. É com a *Lex Aquilia* (século III a.C.) que surge a base da doutrina da responsabilidade civil e aprofundam-se as características subjetivas, com a elaboração do conceito da culpa e o estreitamento da sua relação com a compensação do interesse individual do lesado.

Na modernidade, a partir do *Code Civile* francês (século XIX), o princípio da reparação integral revelou-se como o principal objetivo dos sistemas jurídicos para alcançar a reparação dos danos sofridos pelas vítimas, por expressar a própria função da responsabilidade civil.² A reparação do dano atenderá à totalidade do prejuízo (função compensatória), sem ultrapassá-lo (função indenitária), com base na avaliação em concreto pelo julgador (função concretizadora).³

Daí que se passa a discutir sobre a noção de “filtros tradicionais” da responsabilidade civil, que está ligada ao propósito de limitação da sua função reparatória⁴ – que são a *culpa* e o *nexo causal* entre a conduta culposa e o dano. Tais filtros são como barreiras à obtenção da indenização, as quais devem ser ultrapassadas por aquele que foi lesado para que faça jus à reparação. Sobre o ofendido, assim, recai a tríplice prova⁵ dos requisitos para indenização, uma vez que deve demonstrar a culpa do ofensor, o prejuízo sofrido e a relação de causalidade entre o ato que supostamente provocou o dano e o dano propriamente dito.

No presente trabalho, tal conceito de filtro será utilizado a partir da ideia de eles (culpa e *nexo causal*) serem requisitos (em tese fundamentais) para verificação da atuação excepcional do instituto da responsabilidade

² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27.

³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57-58.

⁴ Sobre a função reparatória: “É necessário levantar o véu reparatório, que encobre toda a plasticidade da responsabilidade civil. Cada uma das suas funções persegue uma necessidade de segurança, porém com desideratos distintos. Pode-se dizer que a função reparatória objetiva uma segurança nos termos tradicionais de certeza do direito como uma importante garantia de uma compensação”. (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 83).

⁵ JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. *Revista Forense*, [s.l.], v. 86, n. 454, 1941. p. 551.

civil. Nesse sentido, vale lembrar que a regra, em nossa sociedade, é que cada um suporte os danos que sofre, sendo a incidência da responsabilidade civil algo que deveria (e, aliás, deve) ser excepcional. Tais requisitos, assim, seriam como filtros de escolha da excepcionalidade – isto é, escolha das demandas que são dignas, nas palavras de Anderson Schreiber, de acolhimento pelo Poder Judiciário – servindo como verdadeiras “barreiras de contenção” ao ressarcimento dos danos.⁶

Assim, a tradicional responsabilidade civil repousa sobre bases estreitas⁷ que buscam obstar a realização do direito à reparação – o que na experiência anglo-saxônica foi denominado *Floodgates Principle*, aplicável para limitar as pretensões indenizatórias que pudessem ocasionar a abertura de metafóricas comportas capazes de inundar o Judiciário de novas demandas.⁸

Ocorre, ainda, que a dogmática tradicional do instituto vem sendo desafiada pelo desenvolvimento tecnológico, o qual implica novos riscos e novas possibilidades de danos. Nesse contexto, a tecnologia amplia os riscos e potencializa os possíveis prejuízos, dando origem, na contemporaneidade, a um novo contexto relacional sobre o qual a responsabilidade civil também passa a voltar o seu olhar.

Por essa razão, o presente artigo, por meio do método dedutivo, buscará verificar quais seriam os critérios de estabelecimento de responsabilidade civil dos atores do mundo digital, seja no que diz respeito às novas relações entre sujeitos, seja no que diz respeito às novas relações entre sujeitos e objetos estabelecidas no ciberespaço.

A partir da observação de uma tendência à flexibilização dos referidos filtros, na primeira parte do trabalho será analisado o movimento de dispensa da prova da culpa e do nexa causal em nosso ordenamento jurídico. Já, na segunda parte, serão analisadas as possibilidades de incidência da responsabilidade civil no que tange à nova relação entre sujeitos e à nova relação entre sujeito e objeto, estabelecidas por meio da Internet, em um cenário no qual já se constata um desgaste de tais requisitos tradicionais do instituto.

⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5.

⁷ JOSSERAND, Louis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. *Revista Forense*, [s.l.], v. 86, n. 454, 1941. p. 551.

⁸ SPIER, Jaap. *The Limits of Expanding Liability*, p. 6. apud SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 11.

II. A responsabilidade civil contemporânea: a superação da visão clássica

Na contemporaneidade, uma forte tendência do instituto da responsabilidade civil é a da flexibilização dos já referidos filtros: a culpa e o nexo causal. Sendo assim, nesta primeira parte do presente trabalho, passaremos a tratar sobre tal fenômeno, num primeiro momento no que diz respeito à culpa, e num segundo momento no que diz respeito ao nexo de causalidade.

1. A aplicabilidade limitada do primeiro “filtro tradicional”

O cerne da disciplina da responsabilidade civil é o estabelecimento de critérios que justifiquem a transferência a outrem do prejuízo sofrido pela vítima em virtude da lesão a um bem jurídico seu.⁹ A culpa é o fator de imputação da obrigação¹⁰ de reparar por excelência.

O estabelecimento da culpa como primeiro fundamento da responsabilidade civil decorre de uma perspectiva clássica do instituto, fundada em dogmas voluntaristas, segundo a qual “o homem, sendo livre, deve responder por seus atos”.¹¹ O individualismo da modernidade impulsionou, de um lado, a vinculação da liberdade à responsabilidade pelos danos causados no seu exercício, mas, de outro lado, por rejeitar a limitação ao exercício dessa liberdade, tornou tortuosa a demonstração da intenção do agente de causar um dano.¹²

A noção jurídica de culpa em sentido amplo pode ser definida como o elemento subjetivo da conduta humana, a vontade que a determina. A conduta volitiva é permeada pela intenção, de forma que a conduta pode ser intencional (caracterizando o dolo) ou tencional (caracterizando a culpa em sentido estrito). Ao lado da culpa, responsabilidade aquiliana tradicional herdada dos romanos, ganharam força também as teorias do abuso do direito e da falta negativa. O abuso do direito surge para impedir o exercício de direitos

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Prefácio. In: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 6.

¹⁰ “O fator de imputação responde à pergunta sobre a razão pela qual é imputado a alguém o dever de indenizar. [...] Quando se discute sobre o fundamento da responsabilidade civil está-se questionando, de modo genérico, sobre a razão pela qual a responsabilidade civil, em si, existe. [...] Por imputação entende-se a imposição, a alguém, de um dever. É o ato de ‘subjetivar’ um dever jurídico”. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 57).

¹¹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 484.

¹² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 17.

visando a prejudicar outrem, somando-se a culpa para imputar a responsabilidade àquele que fez mau uso do seu direito. Já a teoria da falta ou culpa negativa irá agregar também a culpa para estabelecer responsabilidade não só daquele que procede ativamente, mas também do inerte, que se abstém de ato ou intervenção que seria obrigatória.¹³

Na busca de uma justificativa filosófica do dever de indenizar,¹⁴ impôs-se a verificação de um comportamento moralmente reprovável no caso concreto¹⁵ (diz-se, culpável),¹⁶ com base nas condições e na capacidade do agente que se pretendia responsabilizar. Assim, a imputação da responsabilidade subjetiva dependeria, também, de aferição da culpa subjetiva, permeada por aspectos anímicos e psicológicos de difícil comprovação.

O estabelecimento do liame entre fato e o agente passou a ser considerado prova de impossível produção em incontáveis situações devido à necessidade de investigação das circunstâncias internas do agente.¹⁷ Para atender à praticabilidade da responsabilidade,¹⁸ a análise da culpa voltou-se às circunstâncias externas, sendo tomada por um sentido normativo ou objetivo – que não se confunde com a responsabilidade objetiva. A reprovabilidade da conduta passou a ser aferida em abstrato, permeada pelo parâmetro do “homem médio”: se o resultado da comparação entre um modelo geral de comportamento e a conduta do agente que se pretende responsabilizar evidenciar que um indivíduo prudente não iria incorrer na falta, caracteriza-se a culpa.¹⁹

Para que fosse levada em conta a especialidade das situações submetidas ao Judiciário, percebeu-se uma busca por modelos menos generalizados de conduta, *standards* específicos sobre o tipo de comportamento que se avalia. O movimento é identificado pela fragmentação dos modelos de conduta: uma orientação pluralista que buscou afastar o padrão único de diligência

¹³ JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. *Revista Forense*, [s.l.], v. 86, n. 454, 1941. p. 553.

¹⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 16.

¹⁵ Alvino Lima refere que a culpabilidade seria “a expressão máxima da influência da regra moral no direito”. (LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1938. p. 22).

¹⁶ “A palavra culpa é tomada, em direito, em pelo menos três sentidos distintos. Culpa no sentido de culpabilidade, culpa em sentido amplo (lato sensu), e culpa em sentido estrito (stricto sensu). Culpabilidade, não é demais lembrar, é o juízo de censura, juízo final de reprovação que recai sobre alguém considerado culpado pela prática de um ato ilícito”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 43).

¹⁷ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1938. p. 43.

¹⁸ *Ibidem*, p. 21.

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 35.

do “homem médio” e atentar a parâmetros de comportamento diferenciados para cada situação.

Nesse contexto pode ser inserida a figura do “produtor ideal”, definido por João Calvão da Silva como “aquele fabricante que observa no seu campo ou especialidade o mais avançado estado da ciência e da técnica, mesmo que ainda não praticado pelo produtor normal”.²⁰ Calixto, de forma certa, evidencia que o conceito de um produtor ideal absorve valores de responsabilidade subjetiva, para a qual deve ser analisada a conduta diligente do agente.²¹

Pode-se, então, se perguntar: se a responsabilidade do produtor é objetiva, poderia este eximir-se da reparação do dano provando que sua conduta não é culpável, isto é, que desenvolveu seu produto segundo a melhor técnica existente e o cuidado exigido? A resposta parece ser afirmativa, uma vez que “o elemento culpa está inserido na forma presumida através da exigência do defeito para determinação da responsabilidade do produtor”.²² De fato, a conclusão alcançada decorre da identificação de excludentes de responsabilidade pelas quais o liame entre fornecedor e dano causado pelo produto defeituoso pode ser rompido mediante prova de alguma das excludentes, as quais estão relacionadas à “inexistência do pressuposto lógico e ontológico da responsabilidade pelo fato do produto, qual seja, o defeito [...] ou ao fato de a introdução do produto no mercado não ter decorrido da atuação voluntária do fornecedor”.²³

Em verdade, o que se observa é que mesmo a responsabilidade pelo produto defeituoso não ignora o elemento culpa, mas apenas inverte o ônus da demonstração em benefício do lesado, podendo o fornecedor provar que a introdução do produto – mesmo o defeituoso – no mercado não decorreu de

²⁰ SILVA, João Calvão da. *A responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 514.

²¹ CALIXTO, Miguel Junqueira. O artigo 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. *Âmbito Jurídico*, [online], 1 abr. 2009. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-artigo-931-do-codigo-civil-de-2002-e-os-riscos-do-desenvolvimento/#_ftnref75. Acesso em: 03 jan. 2021.

²² DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 127.

²³ CALIXTO, Miguel Junqueira. O artigo 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. *Âmbito Jurídico*, [online], 1 abr. 2009. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-artigo-931-do-codigo-civil-de-2002-e-os-riscos-do-desenvolvimento/#_ftnref75. Acesso em: 03 jan. 2021.

atuação voluntária sua,²⁴ afastando a responsabilidade pelos danos causados. Isto é, haveria a possibilidade de o produtor afastar a responsabilidade se comprovar que operou com o grau máximo de cuidado exigido de um profissional através do emprego da melhor técnica existente.²⁵

Identifica-se, então, um movimento em direção à presunção do liame subjetivo entre agente e o dano causado, de forma que se passa a aceitar “uma culpa provável, mesmo uma culpa hipotética, um fantasma de culpa”.²⁶ Assim, o dano normalmente evitado comporta presunção de culpa, invertendo-se o ônus da prova em favor do lesado. Essa indução de fato decorrendo da presunção relativa estabelecida pode se dar de forma legal ou judicial: as presunções legais, induzidas pela lei, consideram o fato em si mesmo culposos, determinando as responsabilidades complexas, como a decorrente de fatos de outrem ou de coisas inanimadas;²⁷ já as “presunções do homem” operam quando “há fatos que trazem em si mesmos a prova de sua origem, que são por assim dizer assinados”.²⁸

Devido à complexificação das relações sociais e à industrialização, foi necessário buscar formas de facilitar a prova mediante ampliação do conceito da culpa,²⁹ buscando-se novos fatores de imputação. Nesse contexto surge a responsabilidade objetiva, que dispensa a aferição do liame subjetivo, porque o fator de imputação será outro diferente da culpa.

Assim, a razão pela qual será imputado o dever de indenizar “pode ser a culpa, como tradicionalmente entendido, mas também pode ser outro fator objetivo, como o risco”.³⁰ Se o risco se dá às custas de outrem, quem cria esse risco deve suportar as consequências da sua efetivação. A imputação pelo risco pode ser verificada de diversas formas: pelo risco proveito é responsável

²⁴ “Art. 12. [...] § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. (BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2021).

²⁵ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 141.

²⁶ JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. *Revista Forense*, [s.l.], v. 86, n. 454, 1941. p. 556.

²⁷ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1938. p. 54.

²⁸ JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. *Revista Forense*, [s.l.], v. 86, n. 454, 1941. p. 556.

²⁹ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1938. p. 21.

³⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 56.

aquele que auferir vantagem econômica da atividade danosa; já no risco criado, ampliando o conceito anterior, basta o exercício de uma atividade para que se estabeleça a responsabilidade pelos danos causados; pelo risco excepcional a reparação se dá em decorrência do desenvolvimento de uma atividade de risco exacerbado para a coletividade; o risco integral é a espécie mais excepcional, porque impõe a responsabilidade mesmo na ausência de nexo causal.³¹

Da conceituação dos tipos de risco reconhecidos como critério de imputação de responsabilidade, torna-se palpável a posição secundária (como regra quantitativa) da responsabilidade por culpa. De fato, as facilitações da prova, as presunções criadas e até a dispensa do liame subjetivo fizeram com que houvesse um desgaste da culpa, que passou a ser vista não mais como principal fundamento, mas mero aspecto da responsabilidade civil.

É importante lembrar que a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela dos direitos subjetivos patrimoniais, mas hoje a sistemática do dever de reparar se volta para a dignidade da pessoa humana, solidariedade social e justiça distributiva, com forte influência do direito civil constitucional.³² Assim, assumir o risco acaba, na prática, por ter o mesmo efeito que incorrer em culpa para fins de imputação da responsabilidade civil.

De fato, a solidariedade social impõe a socialização dos riscos, para garantir que a vítima do dano seja reparada. Contudo, repartir os riscos importa apenas em solidarização quanto às condições para deflagração do dever de reparar, enquanto a atribuição do dever de reparar (imputação da responsabilidade) continua arraigada ao individualismo, porque o ônus da indenização é imposto a um único agente. Em outras palavras, não há socialização efetiva das perdas, mas apenas a erosão de um filtro da reparação, o qual cumpria papel de promover a seleção dos pleitos ressarcitórios. A rigor, ao não repartir o ônus de reparar as vítimas entre a coletividade, mas o atribuir a cada réu isolado, a injustiça é tão grave quanto manter o dano sobre a vítima.³³

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 182-184.

³² MORAES, Maria Celina Bodin de. Prefácio. In: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 7.

³³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 7.

2. A “erosão” do segundo “filtro tradicional”

Além disso, como já referido, outra tendência verificada é a da flexibilização do segundo fundamento teórico do instituto da responsabilidade civil: o nexo de causalidade.³⁴ Esse, em breve síntese, é entendido como o “vínculo lógico entre determinada conduta antijurídica do agente e o dano experimentado pela vítima, a ser investigado no plano dos fatos, para a identificação da causa apta a determinar a ocorrência de um dano”.³⁵ E, também, como a “relação de conexão entre dois eventos: um antecedente, ao qual se atribui a qualificação de ‘causa’, e outro posterior, ao qual se atribui a qualificação de ‘efeito’ ou, no caso específico da responsabilidade civil, de dano”.³⁶

Justamente por ele ser o “vínculo lógico” ou a “conexão” entre eventos, não sendo um evento empírico observável (diferentemente da causa e do efeito),³⁷ diz-se que “é talvez o requisito mais complexo da responsabilidade civil”.³⁸ Na contemporaneidade, levando em consideração a incidência expressiva de casos em que há a imputação da responsabilidade objetiva, ele acaba, de fato, por tornar-se o seu grande protagonista.³⁹

Em nosso ordenamento, o dever de reparar um dano depende, em regra, da presença do nexo causal, tanto no que diz respeito à responsabilidade subjetiva, quanto no que diz respeito à responsabilidade objetiva.⁴⁰ Nessa senda, importante atentar para o fato de que o *nexo de causalidade*

³⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5.

³⁵ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 219.

³⁶ CARPES, Artur Thompsen. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 29.

³⁷ TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. *Rivista critica del Diritto Privato*, Napoli, v. 101, n. 1, 2006. p. 113.

³⁸ NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 17, n. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993. p. 21.

³⁹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 219.

⁴⁰ A prova do nexo de causalidade, em regra, deve ser realizada por quem pretende ser indenizado (autor da ação indenizatória). Contudo, pode haver exceções que revelam a inversão do ônus da prova, sendo a causalidade presumida, como nos casos de responsabilidade civil agravada. Vide: PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Tome Deuxième. Revu et complété par Georges Ripert. Deuxième Édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, p. 351; e MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 220.

(causalidade específica) não se confunde (e nem pode ser confundido)⁴¹ com o *nexo de imputação* (causalidade geral). Enquanto aquele é o vínculo que liga o dano ao seu fato gerador, esse “responde à pergunta sobre a *razão* pela qual é imputado a alguém o dever de indenizar”,⁴² sendo o elemento (a *razão jurídica*) que aponta o responsável pelo dano^{43,44}.

É dizer: o *nexo* de causalidade deve, para que haja a configuração do dever de indenizar, ser provado, seja quando houver imputação de responsabilidade pela culpa (responsabilidade subjetiva), seja quando houver imputação pelo risco (responsabilidade objetiva).⁴⁵ Todavia, diante da tamanha complexidade da sua aferição na prática, a fim de evitar a flexibilização da sua prova ou, então, a sua presunção pelo próprio intérprete (o que pode, como sabido, gerar insegurança jurídica), torna-se muito importante que esse, ao analisar o caso concreto, utilize corretamente tal *filtro*, a fim de verificar, concretamente, as hipóteses de incidência do instituto da responsabilidade civil.

Como, então, saber que fato efetivamente provocou um determinado dano? Tal questão pode ficar ainda mais complexa se considerarmos que pode haver, no caso concreto, uma multiplicidade de fatos que podem ter implicado (direta ou indiretamente) o dano a ser indenizado. E isso porque a causalidade “é representada pela série de acontecimentos que se encadeiam

⁴¹ Nesse sentido: “a distinção entre *nexo* de causalidade e os fatores de atribuição (culpa e risco) encontra-se na qualificação (jurídica) outorgada à ação ou omissão do agente. Enquanto o *nexo* de causalidade é fenômeno da natureza cuja constatação independe da consulta ao jurídico, a aferição dos fatores de atribuição pressupõe o cotejo com o direito”. (CARPES, Artur Thompsen. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 58-59).

⁴² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 56. Grifo no original.

⁴³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 472.

⁴⁴ Ressalta-se que, em nosso ordenamento jurídico, pode-se falar em duas formas de imputação: “a *imputação subjetiva*, regida pelo princípio da inculpação (requerendo ato culposo no suporte fático da responsabilização)” e “a *imputação objetiva* (que não requer a culpa), resultante das normas que atribuem a alguém a assunção de um *risco* ou de um *dever de segurança*, ou de *garantia*, ou a responsabilização pela *confiança legitimamente gerada*”. (CARPES, Artur Thompsen. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 58. Grifos no original).

⁴⁵ Nesse sentido, lembre-se que, na contemporaneidade, houve uma mudança de cenário no que diz respeito à imputação de responsabilidade civil: antes, havia única e exclusivamente a incidência de responsabilidade civil subjetiva (havendo, por isso, a necessidade de prova da culpa), de forma que a prova do *nexo* de causalidade acabava sendo mera etapa formal (deixada para um segundo plano e aferida no interior da discussão sobre a culpa); agora, com a maior incidência (quantitativa) da responsabilidade objetiva, as discussões passam a ser mais densas, focando na complexa noção da causalidade. Vide: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 56.

para produzir determinado resultado, causa e efeito”.⁴⁶ Assim, diante das diversas causas e condições⁴⁷ que podem fazer parte da relação causal em concreto, que acarreta um evento danoso, verifica-se a necessidade de que sejam estabelecidas as suas relevâncias jurídicas.⁴⁸

Buscando orientar o exame do nexos de causalidade na responsabilidade civil, diversas teorias foram desenvolvidas pela doutrina, como a teoria da equivalência das condições,⁴⁹ a teoria da causalidade adequada⁵⁰ e a teoria do

⁴⁶ MAGADAN, Gabriel de Freitas Melro. *Responsabilidade civil extracontratual: causalidade jurídica: seleção das consequências do dano*. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 09-10.

⁴⁷ Importante diferenciar que uma condição é entendida como todos os fatores que estão na origem de um dano, enquanto a causa de um dano é entendida como uma condição considerada como efetivamente determinante para provocar o resultado danoso (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 588).

⁴⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 153.

⁴⁹ Tal teoria foi importada para o mundo jurídico por Von Buri, jurista alemão, em 1860, equiparando como causa todos os fatos e condições que colaborem para a ocorrência do dano. A partir dessa ideia, a causa seria a soma de todas as condições. Nesse sentido: BARBOSA, Mafalda Miranda. Do nexos de causalidade ao nexos de imputação. In: PAZ, Margarida; RODRIGUES, Gabriela Cunha; COSTA, Patrícia (org.). *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*. Edição atualizada em setembro de 2019. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. p. 39-80. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/0c436c556579/>. Acesso em: 19 mar. 2021. p. 46.

⁵⁰ Segundo esta teoria, criada por Von Bar em 1871 e aperfeiçoada por Von Kries em 1888, “um fato é causa de um dano, quando este seja consequência normalmente previsível daquele”. (NORONHA, Fernando. *Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização*. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 17, n. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993. p. 21). A partir dela, distingue-se “dentre as condições apenas aquela que se verifica como causa adequada do resultado obtido”. (MAGADAN, Gabriel de Freitas Melro. *Responsabilidade civil extracontratual: causalidade jurídica: seleção das consequências do dano*. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 54). A verificação da causa adequada se dá mediante um juízo de prognose póstuma, realizado *a posteriori*, pelo intérprete, o qual, após a verificação concreta do processo causal, deve formular, em abstrato e de acordo com a experiência comum, um juízo de probabilidade com cada uma das possíveis causas do evento danoso, a fim de verificar qual fato pode ser considerado como causa adequada do evento (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 64). Diante de dificuldades práticas, foi desenvolvida uma formulação negativa para a teoria, a partir da noção de *causa inadequada*, que é “aquela causa que se mostra estranha ou indiferente a determinado fato lesivo”, apresentando como vantagem a facilitação da verificação pelo magistrado, diante do caso concreto, quando um fato não deve ser considerado como causa adequada do evento (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 157). Ainda, aponta-se como principal vantagem de tal formulação negativa “o fato de ela ser mais interessante para o lesado, porque facilita a prova do nexos de causalidade: provada a condicionalidade, fica presumida a adequação, até prova em contrário”. (NORONHA, Fernando. *Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização*. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 17, n. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993. p. 22).

dano direto e imediato.⁵¹ Tais teorias, todavia, conforme aponta a doutrina, são utilizadas de forma “intuitiva e atécnica”,⁵² “eclectica e atécnica”⁵³ ou mesmo sem critérios⁵⁴ pelos tribunais brasileiros. Com isso quer-se dizer que, embora a teoria positivada em nosso ordenamento seja a do *dano direto e imediato*,⁵⁵ tendo esse, inclusive, sido o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal,⁵⁶ verifica-se que, a depender do caso concreto, há o emprego de uma ou outra teoria pelo intérprete (ou, inclusive, uma mistura das teorias),⁵⁷ “sem que se possa definir sequer um padrão de julgamento a partir dos diversos precedentes emitidos em um determinado ordenamento”.⁵⁸

⁵¹ Tal teoria é positivada no ordenamento jurídico brasileiro (art. 403 do Código Civil), também conhecida como teoria da interrupção do nexo causal. Ela foi exitosa “ao propor que as expressões ‘direto’ e ‘imediato’, propugnadas na legislação, fossem interpretadas em conjunto, a partir da ideia de necessidade, o que impôs a conclusão de que o agente apenas responderia pelas consequências necessariamente advindas da sua conduta”. (MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 235-236). Para essa teoria, a causa direta e imediata não será necessariamente a mais próxima (temporalmente), mas sim pela lógica, não tendo havido a interrupção, por uma causa estranha, da cadeia causal. Nesse sentido: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 103 e ss.

⁵² CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 122.

⁵³ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 7-18, abr./jun. 2001. p. 71.

⁵⁴ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 18 e ss.

⁵⁵ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. (BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Instituto do Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 mar. 2021).

⁵⁶ No julgamento do RE 130.764-1/PR, em 12/05/1992, de relatoria do Ministro Moreira Alves, foi expressamente referido que “em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [de 1916], a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada da interrupção do nexo causal”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 130.764-1 (PR)*. Recorrente: Aurea Lucia Silveira de Souza. Recorrido: Estado de Minas Gerais, Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 12 maio 1992).

⁵⁷ É o que se constata, por exemplo, em decisões que confundem a teoria do dano direto e imediato e a teoria de causalidade adequada, ou que fundamentam a aferição do nexo causal com base em mais de uma teoria da causalidade. A título de exemplo, veja trecho de acórdão proferido pela Vigésima primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “Relativamente ao elemento normativo do nexo causal em matéria de responsabilidade civil, vigora, no direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada (ou do dano direto e imediato).” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70081435471*. Apelante: Município de Porto Alegre. Apelado: Maria Cristina Vontobel Miller. Relator: Des. Marco Aurélio Heinz. Porto Alegre, 05 jun. 2019).

⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 63.

Tal pode decorrer do fato de que, como sustenta o Ministro Sanseverino, “as teorias nada mais são do que ferramentas postas à disposição dos operadores do direito”.⁵⁹ Nesse sentido, o doutrinador refere que se poderia conjugar as teorias no plano da prática jurídica, a qual se volta para a solução de problemas concretos que consistem em estabelecer se o fato pode ser entendido como causa de determinado evento danoso.⁶⁰ Diante de tal cenário, em verdade, não faltam propostas doutrinárias para tentar resolver a questão acerca do “problema” da causalidade na contemporaneidade, as quais, ao menos em nosso país, ainda não vêm sendo acatadas pelos tribunais.⁶¹

De fato, como já referido, a consequência desse quadro contemporâneo que se apresenta na aplicação da causalidade é uma tendência à flexibilização do nexos causal pelos tribunais.⁶² Fala-se, assim, em hipóteses de *presunção da causalidade*, que decorrem, não raro, da discricionariedade do intérprete, que se utiliza das *ferramentas* que estão a sua disposição, muitas vezes de forma intuitiva e baseada em bom senso,⁶³ para a resolução do caso concreto.

Dessa forma, se, antes, na teoria, não seria possível admitir a incidência de responsabilidade civil sem a verificação do nexos de causalidade, tal, hoje, não pode mais ser afirmado com certeza (ao menos se aquele que afirma espera corresponder à realidade). E isso porque, visando a garantir que o lesado não fique sem reparação, se verifica, inclusive, dependendo do caso concreto, que há situações em que os magistrados acabam por desconsiderar as excludentes da causalidade (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou

⁵⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 162-163.

⁶¹ Para uma análise acerca de algumas dessas propostas ver: BARBOSA, Mafalda Miranda. Do nexos de causalidade ao nexos de imputação. In: PAZ, Margarida; RODRIGUES, Gabriela Cunha; COSTA, Patrícia (org.). *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*. Edição atualizada em setembro de 2019. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. p. 39-80. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/0c436c556579/>. Acesso em: 19 mar. 2021, que propõe que se parta de uma ideia de causalidade como imputação, de forma a se estar “em condições de afirmar a solidariedade com base na constatação de mais do que uma esfera de responsabilidade, independentemente da prova da condicionalidade”; e MAGADAN, Gabriel de Freitas Melro. *Responsabilidade civil extracontratual: causalidade jurídica: seleção das consequências do dano*. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, quem propõe a adoção de um entendimento objetivo e universal para garantia da segurança jurídica, a partir das teorias da causalidade.

⁶² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 68.

⁶³ MAGADAN, Gabriel de Freitas Melro. *Responsabilidade civil extracontratual: causalidade jurídica: seleção das consequências do dano*. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 64.

força maior), que afastariam o nexo causal e teriam como consequência o afastamento da imputação da responsabilidade civil.⁶⁴

Tal tendência pode ser verificada, por exemplo, nas relações de consumo, pela *teoria do fortuito interno*, a qual visa ao afastamento da responsabilidade do fornecedor por acontecimentos que, embora imprevisíveis e irresistíveis (requisitos tradicionais do caso fortuito), se verificam anteriormente à colocação do produto no mercado (atraindo, assim, o risco inerente à atividade desenvolvida)⁶⁵. A partir dela, assim, os tribunais passam a exigir que seja provada pelo fornecedor a *externalidade* do caso fortuito,⁶⁶ sob pena de ser mantida a responsabilidade.⁶⁷

Ainda, pode-se sustentar uma flexibilização no que diz respeito à causalidade num contexto de novas tecnologias, diante do qual “nunca a prisão a uma visão tradicional da causalidade se mostraria apta a dar uma resposta satisfatória”.⁶⁸ Nesses casos, doutrina tem arguido que poderia impor-se uma mudança de paradigma, passando-se a pensar a causalidade, inclusive, como nexo de imputação, a fim de resolver os muitos problemas que ficam muitas vezes em uma região cinzenta decorrentes das teorias da causalidade existentes.⁶⁹

Em breve síntese, portanto, verifica-se que, além da flexibilização da culpa, acaba o nexo de causalidade passando por um processo gradual de flexibilização, o qual, não raro, acaba por imputar a responsabilidade não à sociedade como um todo, mas ao réu da ação, quem, mesmo não sendo o responsável, está mais próximo do dano.⁷⁰ Isso exige, cada vez mais, que o olhar do intérprete se volte às bases do instituto da responsabilidade civil, notadamente, no que diz respeito ao presente estudo, diante das novas relações oriundas do contexto tecnológico.

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 68 e ss.

⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*.

⁶⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 626.

⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 68-69.

⁶⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda. Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. *Revista de Direito da Responsabilidade*, [s.l.], Ano 2, p. 971-1006, 2020. p. 1005.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 1006.

⁷⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 79.

III. A responsabilidade civil e as novas tecnologias: o novo *contexto relacional*

O desenvolvimento tecnológico implica novos riscos, principalmente no que diz respeito à Internet. Isso dá origem, na contemporaneidade, a um *novo contexto relacional* para o qual o instituto da responsabilidade civil passa, também, como já referido, a voltar o seu olhar: a nova relação entre sujeitos e a nova relação entre sujeito e objeto. É o que passamos, então, a analisar.

1. A relação entre sujeitos: responsabilidade civil e influenciadores digitais

Debruçando-nos sobre o *novo contexto relacional*, optamos por tratar, no que diz respeito à relação entre sujeitos, sobre a complexa questão acerca da possibilidade de responsabilização de sujeitos que integram relações contemporâneas que “não mais se amoldam à simples extensão de responsabilidade em razão de uma relação jurídica formal pré-constituída”.⁷¹ A questão posta em debate é delicada porque, num contexto de desordem informacional,⁷² todos os internautas são classificados como consumidores e produtores de conteúdo.⁷³ Diante de tal cenário, “novos atores”⁷⁴ passaram a se destacar a partir da livre produção de conteúdo, sendo elevados da posição de meros internautas para uma condição especial, de influenciadores digitais.⁷⁵

⁷¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

⁷² Nesse sentido: WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. *Information disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy making*. Strasbourg: Council of Europe, 2017. Disponível em: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>. Acesso em: 01 mar. 2021.

⁷³ Tal ideia decorre do fenômeno da Internet 2.0 (“Web da Comunicação”), a qual é marcada pelo “seu caráter colaborativo e de interação constante dos usuários” Nesta geração de *web*, “o usuário de internet deixou de ser somente um consumidor de conteúdo, passando a ser, ao mesmo tempo, também produtor, dando origem ao conceito de *prosumer*, típico das relações das relações de interação nas plataformas de web 2.0, principalmente redes sociais”, vide: MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018. p. 66.

⁷⁴ Como refere Massimo di Felice apud LEMOS, Ronaldo; DI FELICE, Massimo. *A Vida em Rede*. Campinas: Papyrus 7 Mares, 2014. p. 53.

⁷⁵ Em nosso país, muitas pessoas já entendem que “ser um *influencer*” é uma profissão. Diante disso, a formalização da atividade já vem sendo debatida, há alguns anos, na sociedade brasileira. Por exemplo, alguns Projetos de Lei foram propostos junto à Câmara dos Deputados nos últimos anos: PL 10937/2018, PL 8569/2017 e PL 4289/2016 (apresentados pelos deputados federais Eduardo da Fonte, Lindomar Garçon e João Henrique Holanda Caldas, respectivamente), os quais procuraram regulamentar a profissão de influenciador digital, vlogueiro e blogueiro, mas acabaram sendo arquivados. Para consulta aos referidos projetos de lei, recomenda-se o acesso ao site da Câmara dos Deputados: <https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>).

Em breve síntese, um influenciador digital é um internauta que se sobressai nas redes sociais virtuais por meio de determinadas características,⁷⁶ como carisma, criatividade na divulgação de conteúdo e credibilidade, por meio das quais conquista milhares de seguidores, tornando-se um exemplo a ser seguido^{77,78}. A partir de seus perfis virtuais,⁷⁹ ele influencia os seus seguidores (e daí o porquê do termo que lhe é atribuído), recomendando, por exemplo, quais produtos devem ser comprados ou quais serviços devem ser contratados.⁸⁰

Justamente a proximidade do *influencer* com os seus seguidores, somada ao potencial de influência existente nessa relação, tornou-se um grande atrativo para os fornecedores de produtos e serviços, uma vez que os seguidores, que

⁷⁶ BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. A responsabilidade civil dos influenciadores digitais em tempos de coronavírus. In: JÚNIOR, José Luiz de Moura Faleiros; LONGHI, João Víctor Rozatti; GUGLIARA, Rodrigo (coord.). *Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 316-317.

⁷⁷ BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 1-21, maio/ago. 2019. p. 2.

⁷⁸ Sustenta-se, em outras palavras, que um *influencer* é um usuário das redes sociais que pode ter alguns, algumas centenas ou alguns milhares de seguidores, dirigindo conversas e buscando engajamento sobre um tópico em particular, ou uma determinada área (FEINSTEIN, Neil; MURPHY, William. Online Influencers Create Challenging “Fyre” to Contain. *Communications Lawyer*, [s.l.], v. 35, n. 3, p. 38-44, 2020. p. 39).

⁷⁹ A identificação do seguidor com o influenciador normalmente decorre do fato deste último ser considerado uma pessoa normal, que se conecta com várias outras por meio de seus perfis nas plataformas digitais, não decorrendo a relação entre eles de um contrato, existindo a partir do ato de o seguidor dar um follow no perfil do influenciador na rede social. Quanto a tal questão, sustenta-se que “se por um lado os influenciadores digitais gerenciam seus perfis de maneira a atrair seguidores que passam a acompanhar suas vidas sentindo como se fizessem parte desse universo, por outro cada usuário é plenamente livre para seguir o perfil que quiser, de acordo com sua escolha e critério, sem que exista qualquer coerção. A combinação de um *feed* atraente com a liberdade de escolha dos seguidores favorece a criação de laços e promove ainda mais confiança na opinião do *digital influencer*”. (MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues; BARBOSA, Nathalia Sartarello. O reflexo da sociedade do hiperconsumo no instagram e a responsabilidade civil dos influenciadores digitais. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 13, n. 30, p. 73-88, maio/ago. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v13i30.2706>. p. 79). Veja-se, ainda, que, por consequência, para o término do vínculo entre influenciador e seguidor, ao menos no que diz respeito ao mundo digital, basta que o seguidor dê um *unfollow* no perfil do influenciador.

⁸⁰ BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. A responsabilidade civil dos influenciadores digitais em tempos de coronavírus. In: JÚNIOR, José Luiz de Moura Faleiros; LONGHI, João Víctor Rozatti; GUGLIARA, Rodrigo (coord.). *Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 317.

são “consumidores em potencial”, confiam no influenciador.⁸¹ Aproveitando-se dessa confiança, os fornecedores contratam o influenciador, permitindo que ele, que tem ampla liberdade nas redes sociais,⁸² promova os seus produtos e/ou serviços como achar que será mais interessante ao seguidor,⁸³ em troca de dinheiro, mercadorias, serviços, “mimos” ou outros benefícios.

O grande problema é que, muitas vezes, a publicidade feita pelo *influencer* ocorre de forma velada, e o seguidor não identifica tal conteúdo como publicitário, achando que se trata de uma mera dica – um conselho de amigo.⁸⁴ Por consequência, ele acaba influenciado a uma compra que não é realizada de forma consciente.⁸⁵ É, por exemplo, o que aconteceu no caso do *Fyre Festival*, em 2017,⁸⁶ o qual foi amplamente divulgado nas redes sociais por centenas

⁸¹ BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 1-21, maio/ago. 2019. p. 10.

⁸² Nesse sentido: BENTZ, Tamany Vinson; VELTRI, Carolina. The Indirect Regulation of Influencer Advertising. *Food and Drug Law Journal*, [s.l.], v. 75, n. 2, p. 185-194, 2020. p. 185.

⁸³ BRITO, Dante Ponte de. Responsabilização civil dos influenciadores digitais pela veiculação de publicidade ilícita nas redes sociais. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (coord.). *Direito Civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 451-464. E-book. p. 455.

⁸⁴ Nesse sentido, válido atentar que “(...)é indubitável que os fornecedores e profissionais do marketing possuem o conhecimento de que a *publicidade que não parece publicidade* apresenta um maior efeito persuasivo, gerando discussões e infortúnios no que tange as celebridades e influenciadores digitais que promovem produtos ou serviços de forma indevida”. (BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 1-21, maio/ago. 2019. p. 7-8).

⁸⁵ Consciente no sentido de uma compra que passa pelo exame racional do seguidor acerca da existência ou não de publicidade envolvida. Válido referir, nesse sentido, que sem a informação acerca da publicidade, “a liberdade de escolha do seguidor acaba sendo tolhida. Se este não tem consciência de que se trata de um anúncio, está vulnerável para se defender das estratégias publicitárias”. (BRITO, Dante Ponte de. Responsabilização civil dos influenciadores digitais pela veiculação de publicidade ilícita nas redes sociais. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (coord.). *Direito Civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 451-464. E-book).

⁸⁶ Em resumo, tal festival, que foi divulgado pelos *influencers* como um evento de altíssimo padrão a acontecer em uma ilha privada nas Bahamas, foi um fracasso, tendo sido planejado por Billy McFarland, empresário norte-americano, quem jamais havia planejado um festival de música, muito menos um festival de alto padrão em uma ilha privada. As pessoas investiram milhares de dólares no festival (o qual não aconteceu), não foram reembolsadas e, para completar, grande parte dos influenciadores, que as teriam aconselhado a “unirem-se a eles no festival” sem informarem que estavam, em verdade, recebendo algum benefício para fazer aquela determinada postagem, fingiram que nada aconteceu. Nesse sentido: FEINSTEIN, Neil; MURPHY, William. Online Influencers Create Challenging “Fyre” to Contain. *Communications Lawyer*, [s.l.], v. 35, n. 3, p. 38-44, 2020.

de influenciadores digitais norte-americanos em troca de benefícios.⁸⁷ Tais postagens, que não incluíam qualquer informação acerca da publicidade envolvida, levaram a que os milhares de ingressos para o festival (que não aconteceu, nem de longe, da forma como foi divulgado) fossem adquiridos pelos seguidores de tais *influencers* num espaço de tempo de apenas quarenta e oito horas.

Nesse contexto, pode-se perguntar: se, em casos como esse, o produto ou serviço adquirido em razão da *publicidade velada* feita pelo influenciador vier a causar danos aos seguidores, o influenciador pode vir a ser responsabilizado? Em caso afirmativo, qual será o fundamento da responsabilização? Qual será a lei aplicável? O problema por trás dessas perguntas é, em verdade, apenas “uma ponta muito pequena de um *iceberg* de questões extremamente complexas”.⁸⁸ E, na contemporaneidade, diversas podem ser as suas respostas, principalmente diante da lacuna existente quanto ao tema e da inexistência de posição doutrinária e jurisprudencial consolidada sobre a questão. Diante de tantas indeterminações, destacamos três das diversas possíveis linhas de argumentação que podem ser sustentadas.⁸⁹

Em primeiro lugar, pode-se sustentar que todas as pessoas que se comprometem a veicular a sua imagem ou influência, lucrando com isso, mesmo que de forma indireta (pelo engajamento ou publicidade), devem estar cientes dos riscos envolvidos, uma vez que sua conduta (que é livre, visto que os influenciadores não são obrigados a veicular o conteúdo) pode vir a gerar

⁸⁷ Dentre tais benefícios, refere-se o caso de Kendall Jenner, que recebeu cerca de US\$ 275 mil (duzentos e setenta e cinco mil dólares) para fazer uma postagem em seu perfil para divulgar o Fyre Festival. Após investidores do evento, depois de todo o ocorrido, terem movido ação judicial contra a celebridade (Gregory M. Meeser vs. Kendall Jenner, Inc. and Kendall Jenner), esta, em 2020, concordou em pagar US\$ 90 mil (noventa mil dólares) aos investidores para encerramento do processo (NOVA IORQUE. New York Southern Bankruptcy Court. *Gregory M. Messer, as Chapter 7 Trustee of the Est v. Kendall Jenner Inc. et al.* 2019. Disponível em: https://www.pacermonitor.com/public/case/29805146/Gregory_M_Messer,_as_Chapter_7_Trustee_of_the_Est_v_Kendall_Jenner_Inc_et_al. Acesso em: 07 mar. 2021). Conforme constam das diversas informações sobre o evento, inclusive conforme retrata o documentário *Fyre Festival: fiasco no Caribe*, produzido pela Netflix, a diversos influenciadores foram prometidos pacotes exclusivos para o Festival “em troca” das postagens para divulgação do evento (FYRE FESTIVAL: Fiasco no Caribe. Direção: Chris Smith. Great Exuma: Netflix, 2019. Documentário (97 min.), *streaming*).

⁸⁸ LEMOS, Ronaldo; DI FELICE, Massimo. *A Vida em Rede*. Campinas: Papirus 7 Mares, 2014. p. 83.

⁸⁹ No presente trabalho, desconsidera-se a possibilidade de enquadrar os influenciadores digitais como profissionais liberais (o que atrairia a imputação de responsabilidade subjetiva a eles, isto é, dependente da prova da culpa), uma vez que se parte do pressuposto que os *influencers* não emprestam apenas a sua imagem e boa-fama aos fornecedores, uma vez que, diferentemente das celebridades em propagandas – que outrora não participavam da criação de conteúdo –, tais novos sujeitos participam ativamente de tal criação e são livres para decidirem como a informação chegará até o seguidor (“consumidor em potencial”), beneficiando-se disso.

danos que exigem reparação.⁹⁰ Nesses casos, entende-se pela possibilidade de imputação de responsabilidade objetiva⁹¹ ao influenciador, nos termos do parágrafo único do Art. 927 do Código Civil,⁹² pelo risco proveito (relacionado ao benefício econômico obtido pelo influenciador a partir do exercício da atividade) ou risco criado (relacionado à situação de risco decorrente do exercício da atividade por ele desenvolvida). Refere-se que os influenciadores, ao aceitarem veicular uma propaganda em seus perfis nas redes sociais, beneficiando-se economicamente dela, estariam assumindo o *risco* de eventual dano que, a partir de uma determinada publicação, um seguidor possa vir a sofrer, de forma mais ampla.⁹³

Em segundo lugar, pode-se sustentar que, da mesma forma que os internautas podem ser considerados consumidores ao usarem as redes sociais,⁹⁴ seria também possível enquadrar os influenciadores como integrantes da

⁹⁰ BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 1-21, maio/ago. 2019. p. 14-15.

⁹¹ *Ibidem*, p. 15.

⁹² “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 mar. 2021).

⁹³ Nesse sentido, em pesquisa jurisprudencial, foi localizada sentença, proferida em março de 2020, em âmbito do Juizado Especial Cível da Comarca de Barra Mansa, no Estado do Rio de Janeiro, por meio da qual uma influenciadora digital, após ter veiculado em seu perfil um anúncio de venda de *smartphone* (que, em verdade, tratava-se de um golpe idealizado unicamente pela loja), foi condenada a restituir a uma de suas seguidoras o valor despendido em compra de celular que não foi entregue a esta. Nos fundamentos da decisão, restaram reconhecidas (i) a inexistência de relação de consumo entre a influenciadora e a sua seguidora e (ii) a imputação de responsabilidade objetiva à influenciadora, nos termos do parágrafo único do Art. 927 do CCB, tendo em vista a habitualidade da atividade desenvolvida pela influenciadora, que lhe gera lucros (RIO DE JANEIRO. Juizado Especial da Comarca de Barra Mansa. *Processo n. 0019543-02.2019.8.19.0007*. Autor: Carina Calvano Cyrino. Réu: Pedro Afonso Rezende e Outros. Juíza: Denise Ferrari Maeda. Barra Mansa, 30 jun. 2020).

⁹⁴ Inclusive porque o fato de os internautas utilizarem os serviços sem desembolsar um real não implica necessariamente a gratuidade do serviço. Nesse sentido: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 97-105.

cadeia de consumo⁹⁵ (como fornecedores por equiparação),⁹⁶ uma vez que participam do fornecimento dos produtos e serviços, ao veicularem, em seus perfis, propagandas⁹⁷ sobre esses.⁹⁸ Nesse caso, também se entende pela imputação de responsabilidade objetiva ao influenciador, não em decorrência do risco, mas, sim, da incidência de lei especial, o Código de Defesa do Consumidor.

Em terceiro lugar, pode-se sustentar que, como nas demais relações em sociedade, os influenciadores devem atentar aos preceitos da boa-fé objetiva, que implica deveres de comportamento, de informação, de transparência e de confiança.⁹⁹ Assim, por exemplo, eles devem informar aos seus seguidores que o *post* que veicula determinado produto trata-se de uma propaganda e, caso conheçam os riscos do que está sendo veiculado, também os devem

⁹⁵ Veja-se, aliás, que quem assim defende refere que as novas tecnologias tornam necessária uma proteção mais efetiva dos mais vulneráveis da relação, que, no presente estudo, são os seguidores (MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 54). Também nesse sentido: GASPAROTTO, Ana Paula Filio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra Freitas; EFING, Antônio Carols. Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais. *Revista Jurídica Cesumar*, [s.l.], v. 19, n. 1, p. 65-87, jan./abr. 2019. DOI: 10.17765/2176-9184.2019v19n1p65-87. p. 79.

⁹⁶ Nesse sentido: SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. A responsabilidade dos influenciadores digitais diante do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 133, p. 175-204, jan./fev. 2021.

⁹⁷ Note-se que, conforme sustenta Cláudia Lima Marques, a publicidade em nossa sociedade contemporânea possui as funções de informar os consumidores e de estimular o consumo de bens e de serviços. Assim, ao veicular uma publicidade em seu perfil, o influenciador digital pode estar estimulando o consumo, em uma postagem que é direcionada aos seus seguidores (consumidores em potencial). Vide: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

⁹⁸ E tal decorre do fato de que, a partir do conteúdo veiculado pelo influenciador, “em apenas um ‘clique’, milhares de potenciais consumidores são alcançados, público esse que dificilmente seria atingido por outro método publicitário”. (SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. A responsabilidade dos influenciadores digitais diante do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 133, p. 175-204, jan./fev. 2021).

⁹⁹ BRITO, Dante Ponte de. Responsabilização civil dos influenciadores digitais pela veiculação de publicidade ilícita nas redes sociais. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (coord.). *Direito Civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 451-464. *E-book*. p. 461.

informar.¹⁰⁰ Nessa senda, ao deixar de agir de acordo com o princípio da confiança,¹⁰¹ descumprindo, principalmente, com o dever de informação para com os seguidores, também se entende pela imputação de responsabilidade objetiva ao influenciador,¹⁰² mas não em decorrência de risco (como na primeira hipótese analisada) ou de relação de consumo (como na segunda), mas, sim, da violação da boa-fé objetiva (Art. 187 do Código Civil).¹⁰³

Como os influenciadores tornaram-se, na sociedade contemporânea, figuras extremamente relevantes, capazes de moldar o comportamento dos seus seguidores, é primordial que devam agir de acordo com os princípios ético-comportamentais da boa-fé objetiva, sob pena de serem responsabilizados por eventuais danos causados aos seus seguidores.¹⁰⁴ Doutrinariamente, contudo, percebe-se que, além de a responsabilização desses sujeitos ser bastante controversa, quando se acolhe a tese sobre a possibilidade de responsabilização, não raro são misturadas as hipóteses de incidência da responsabilidade civil acima referidas, fazendo-se confusão, até mesmo,

¹⁰⁰ Nesse sentido, “fica evidente a necessidade de os influenciadores checarem a veracidade das informações que estão passando para os seus seguidores [que] (...) são induzidos à compra/ contratação de determinado produto/serviço em razão da confiança que depositam nos influencers. É imprescindível que os criadores de conteúdo se informem sobre todos os detalhes dos produtos ou serviços que irão divulgar, pois possuem dever de lealdade para com seus seguidores, que precisam estar cientes, de maneira correta, clara e precisa a respeito da natureza, das características, da qualidade, da quantidade, das propriedades, da origem, do preço e de quaisquer outros dados sobre os produtos e serviços anunciados(...)”. (SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. A responsabilidade dos influenciadores digitais diante do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 133, p. 175-204, jan./fev. 2021).

¹⁰¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

¹⁰² E isso porque, “os influenciadores digitais, ao não informarem sua relação com o contratante do material publicitário, assumem para si a responsabilidade pelo conteúdo da informação divulgada e, portanto, mesmo que não ajam com intenção de causar dano, devem ser responsáveis objetivamente pelo teor da informação e as consequências daí geradas”. (HENRIQUE, Maíra Moura Barros. Responsabilidade Civil das Celebidades Digitais na Publicidade do Instagram. *Revista Caderno Virtual*, [s.l.], v. 1, n. 46, [n.p.], 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/4162>. Acesso em: 20 mar. 2021).

¹⁰³ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 mar. 2021).

¹⁰⁴ BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. A responsabilidade civil dos influenciadores digitais em tempos de coronavírus. In: JÚNIOR, José Luiz de Moura Faleiros; LONGHI, João Victor Rozatti; GUGLIARA, Rodrigo (coord.). *Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 312.

quanto ao nexo de imputação a depender da hipótese de responsabilização considerada (se a culpa, se o risco ou se a incidência de lei especial).

Diante da lacuna existente em nosso ordenamento jurídico quanto ao tema, tem-se, no momento, como possível solução a aplicação das normas já existentes. Nesse sentido, verifica-se que, quando veicula conteúdo com caráter publicitário, o influenciador tem, obrigatoriamente, o dever de, agindo conforme a boa-fé, informar o seguidor, nos termos do Art. 36 do Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁵ e do Art. 28 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.¹⁰⁶ O influenciador, assim, tem o dever de identificar a publicidade de forma fácil e imediata,¹⁰⁷ sendo, por consequência, ilícita a publicidade velada.¹⁰⁸

Dessa forma, caso haja um dano decorrente de publicidade velada, e sendo o influenciador responsável por ela, uma vez que (i) escolhe veicular, livremente, em seu perfil, tal conteúdo aos seus seguidores e (ii) também escolhe, livremente, não informar os seguidores sobre a publicidade, pode-se entender pela possibilidade de responsabilização objetiva do *influencer* pelo

¹⁰⁵ “Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. (BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2021).

¹⁰⁶ “Art. 28. O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação”. (CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*, de 05 de maio de 1980. São Paulo: 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 13 abr. 2021).

¹⁰⁷ O CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), diante de denúncias realizadas por consumidores, vem atuando visando a tentar evitar que esse novo contexto relacional venha a causar prejuízos aos consumidores, apontando, desde o ano de 2016, que os influenciadores devem ter “extremo cuidado para que consumidores não sejam levados a crer [que uma publicidade velada] se trata de conteúdo editorial”. (CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Representação 257/16*, julgada em dezembro de 2016. Autor: Conar mediante queixa de consumidor. Anunciante: Unilever Brasil e Blog de Mãe para Mãe – Mirela Acioly. Relator Conselheiro Rodrigo Marques Tedesco. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4512>. Acesso em: 05 mar. 2021). Tal, contudo, e infelizmente, parece ainda não ser uma realidade observada por todos os influencers ao veicularem conteúdos pagos em seus perfis, o que pode decorrer, por lógica, da quase inexistente efetiva responsabilização desses novos atores, de cuja consequência dos atos ainda é, como visto, nebulosa.

¹⁰⁸ Nesse sentido, recentemente, o CONAR publicou o “Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais”, apresentando orientações para a aplicação das regras do CBAP ao conteúdo comercial em redes sociais gerados, especialmente, por *influencers*. Dentre as diversas orientações, é recomendado ao influenciador, ao veicular um conteúdo pago, que utilize *hashtags* como #publicidade, #anúncio, #patrocinado, #conteútopago e #parceriapaga, a fim de que se evidencie ao seguidor que aquela postagem é uma publicidade (CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais*. São Paulo: 2021. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 08 mar. 2021).

descumprimento do dever de informar¹⁰⁹ e, portanto, de agir conforme determina a boa-fé. Em outras palavras, verifica-se que os influenciadores devem agir com responsabilidade ao divulgar qualquer conteúdo na Internet,¹¹⁰ principalmente no que diz respeito à publicidade.¹¹¹

Obviamente, sabemos que diversos questionamentos podem surgir diante desse *novo contexto relacional*, não pretendendo o presente trabalho ser exaustivo sobre o tema. Diante da existência das lacunas em relação à responsabilidade civil imputável, na contemporaneidade, a esses sujeitos que, não raro, intermediam a relação consumerista,¹¹² torna-se de extrema importância a análise jurídica sobre a questão, inclusive porque tais personalidades exercem uma atividade muito importante na sociedade contemporânea, a qual, diga-se de passagem, inclusive já vem ganhando a etiqueta de *profissão*.

2. A relação sujeito-objeto: responsabilidade civil e “IoT”

Outro importante *contexto relacional* contemporâneo sobre o qual o instituto da responsabilidade civil também passa a incidir é a nova relação entre sujeito e objeto. Sobre esse novo contexto será abordada a forma pela qual vem ocorrendo assimilação da Internet das Coisas (*IoT*) ao cotidiano e os limites da responsabilização dos produtores pelos danos causados pelos dispositivos introduzidos no mercado. As características desses objetos são a conectividade mediante utilização de sensores onipresentes – *Wifi, Bluetooth,*

¹⁰⁹ Em se admitindo a hipótese de aplicação da legislação consumerista, tal responsabilidade será objetiva e solidária, podendo também ser imputada a quem contratou o *influencer* para veicular o conteúdo (que, inclusive, pode ter orientado o influenciador a não veicular a propaganda como se assim o fosse, de forma a persuadir o seguidor).

¹¹⁰ ALMEIDA, Brena Benício de; BEZERRA, Clara Catharinne Huanna Costa. Influenciadores digitais: uma análise da sua atuação na sociedade de consumo frente ao direito do consumidor. *Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública*, Pombal, v. 7, n. 5, p. 99-108, out. 2019. ISSN 2358-2105. p. 108.

¹¹¹ Válido, por fim, apontar que o mencionado Guia do CONAR define o que caracteriza a publicidade por influenciador: “1 – a divulgação de produto, serviço, causa ou outro sinal a eles associados; 2 – a compensação ou relação comercial, ainda que não financeira, com anunciante ou agência; 3 – a ingerência por parte deles sobre o conteúdo da mensagem”. (CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais*. São Paulo: 2021. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 08 mar. 2021).

¹¹² Lembre-se: eles participam da fase posterior ao contrato de consumo ao veicularem, em seus perfis, conteúdo com caráter de propaganda de um produto e/ou serviço. O dever de informar está, assim, intimamente vinculado à informação publicitária, de forma que o comportamento dos influenciadores deve ser pautado pelo princípio da boa-fé, que preside todo o ordenamento privado. Nesse sentido, por exemplo: FRADERA, Vera Maria Jacob de. A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 4, p. 173-191, out./dez. 1992.

radiofrequência etc. – e a capacidade de processamento e armazenamento de dados, integrando através da conexão desses objetos à Internet o mundo físico ao digital.

David Rose – conhecido como *Mr. IoT* – propôs um estudo do futuro da tecnologia, a qual deverá se tornar mais intuitiva, fisicamente presente e responsiva, proporcionando conexões mais profundas entre sujeito e objeto através do retorno às formas de interação padrão. O professor do MIT chama os objetos conectados que atenderão a essas características de objetos encantados – o futuro mais promissor da tecnologia.¹¹³

Kevin Ashton, primeiro a referir o termo “Internet das Coisas”, em 1999, já sabia o que esperava da tecnologia: permitir que computadores observem, identifiquem e entendam o mundo físico, sem a limitação ou dependência de informações inseridas por humanos.¹¹⁴ Em seu artigo “*That ‘internet of things’ thing*”, Ashton refere que o significado da expressão está ligado à dependência que os computadores e a Internet em si têm com relação às pessoas para capturar, criar e inserir informações e a criação de computadores que utilizem dados coletados sem o auxílio humano poderia criar um mundo físico mais eficiente, gerenciado pelas máquinas.¹¹⁵

A partir da disseminação do conceito de *IoT*, proliferam-se novas interpretações do fenômeno e críticas à interconexão entre objetos do cotidiano e a Internet. A empresa CISCO, transnacional do mercado de redes e comunicações, cunhou em 2015 o termo *Internet of everything* como a maior oportunidade de negócio da história da humanidade.¹¹⁶ A reunião de pessoas, dados e coisas tornará as conexões de rede mais relevantes e valiosas do que nunca e, à medida que mais objetos, pessoas e informações são conectados, entraremos rapidamente na Internet de Todas as Coisas (*IoE*).¹¹⁷

¹¹³ O primeiro seria o terminal, que designa a dominação das telas e dos pixels, placas de vidro em toda e qualquer superfície, dispositivos cada vez menores e mais finos, com programações similares a um smartphone. Já o segundo – e também já bastante presente – seria a prótese ou *wearable*, categoria que designa desde os dispositivos “vestíveis” até as próteses que devolvem capacidades físicas a pessoas com deficiência, capazes de criar pessoas pós-humanas ou super-humanas. O terceiro futuro seria o animismo, quando as máquinas ganham vida para simular relações interpessoais e criar laços, robôs que falam e copiam gestos humanos. O quarto futuro são os objetos encantados ou a transformação de objetos ordinários em mágicos. Sobre o tema: ROSE, David. *Enchanted Objects*. Scribner: Nova York, 2014. *E-book*.

¹¹⁴ ASHTON, Kevin. *That “internet of things” thing*. *RFID Journal*, [s.l.], v. 22, n. 7, p. 97-114, 2009.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ CISCO. *Internet of everything*. 2012. Disponível em: https://www.cisco.com/c/dam/global/en_my/assets/ciscoinnovate/pdfs/loE.pdf. Acesso em: 01 jan. 2021.

¹¹⁷ *Ibidem*.

Essa rede criará oportunidades sem precedentes e novos riscos à humanidade. Nesse sentido, Jenny Judge and Julia Powles questionam se os objetos aos quais a tecnologia tem sido aplicada realmente deveriam estar sendo conectados à Internet, propondo que essa não deva ser de coisas inteligentes, mas de pessoas inteligentes – ideia que chamam de *Internet of people*.¹¹⁸ O que se observa é que, muitas vezes, o processo de adaptação de tecnologia se dá sobre objetos analógicos do dia a dia que já atendiam suficientemente ao consumidor de forma mais barata e com uso mais simplificado.

Esta não é, contudo, a realidade dos dispositivos criados e colocados no mercado atualmente: bandeja de ovos inteligente, geladeira com *Twitter* e *smartwatches* que não agregam qualquer benefício substancial ao consumidor. A falta de aprimoramento útil dos objetos através da aplicação de tecnologia avançada é chamada de Internet das coisas inúteis.¹¹⁹ Na melhor das hipóteses, os dispositivos serão apenas mais um lixo desnecessariamente gerado, mas, no pior cenário, irão inaugurar o ápice da sociedade de vigilância e da manipulação dos usuários.¹²⁰

Neste contexto, há de se ter especial atenção à responsabilidade pelos possíveis danos que possam vir a ser causados pelos dispositivos colocados no mercado, e não faltam exemplos para ilustrar seus riscos. Para retratar a incidência da responsabilidade civil no âmbito do direito brasileiro, toma-se como fio condutor um caso envolvendo o dispositivo *Amazon Echo*, um alto-falante sem fio com comando de voz e assistente virtual integrado – conhecido como Alexa. O produto vem se popularizando, principalmente entre aqueles que buscam automação de funcionalidades em casa ou apenas uma interlocutora, acionada pelo comando de voz “Alexa”.

Em 2018, foi amplamente divulgado pela mídia a situação vivenciada por um casal americano na qual a Alexa gravou conversas na residência e enviou o registro a contato na agenda telefônica sem o consentimento dos seus “mestres”.¹²¹ Em resposta, a *Amazon*, desenvolvedora do produto, informou

¹¹⁸ POWLES, Julia; JUDGE, Jenny. Forget the internet of things – we need an internet of people. *The Guardian*, Londres, 25 maio 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2015/may/25/forget-internet-of-things-people>. Acesso em: 01 jan. 2021.

¹¹⁹ MAGRANI, Eduardo *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018. *E-book*.

¹²⁰ POWLES, Julia; JUDGE, Jenny. Forget the internet of things – we need an internet of people. *The Guardian*, Londres, 25 maio 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2015/may/25/forget-internet-of-things-people>. Acesso em: 01 jan. 2021.

¹²¹ SHABAN, Hamza. An Amazon Echo recorded a family’s conversation, then sent it to a random person in their contacts, report says. *The Washington Post*, Washington, 24 maio 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/05/24/an-amazon-echo-recorded-a-family-s-conversation-then-sent-it-to-a-random-person-in-their-contacts-report-says/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

que o dispositivo capturou os sons da conversa de fundo do casal, iniciando a gravação ao ouvir algo semelhante ao comando de voz que o ativa (“Alexa”) e, em sequência, registrou os comandos *send message* e até o nome para quem deveria ser enviada a mensagem. Nesse caso (doravante chamado de “caso Alexa”), o registro foi enviado a um empregado do marido, e o conteúdo da conversa dizia respeito a pisos de madeira. Contudo, é possível imaginar o potencial lesivo da situação narrada, porque, para além do sentimento de invasão e insegurança relatado pelo casal,¹²² o envio de registros de momentos pretendidos íntimos a qualquer contato salvo na agenda pode, sem dúvidas, causar resultados extremamente danosos aos usuários.¹²³

No regime jurídico estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, consoante o Art. 12,¹²⁴ para que seja deflagrada a responsabilidade civil do produtor, faz-se necessária a constatação de defeito: o fato do produto “compromete a segurança do produto ou serviço, gerando riscos à incolumidade do consumidor ou de terceiro”.¹²⁵ Observa-se que, com relação ao nexo de imputabilidade, a responsabilidade é objetivada, presumindo-se a culpa do fornecedor frente à existência do defeito;¹²⁶ com relação à prova do defeito em si, o CDC estabelece uma presunção relativa da ocorrência, dispensando que o consumidor prove a presença ou o tipo de defeito.¹²⁷

¹²² SHABAN, Hamza. An Amazon Echo recorded a family's conversation, then sent it to a random person in their contacts, report says. *The Washington Post*, Washington, 24 maio 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/05/24/an-amazon-echo-recorded-a-familys-conversation-then-sent-it-to-a-random-person-in-their-contacts-report-says/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹²³ Outro exemplo do ocorrido: CARY man says 'Alexa' disclosed private conversation. *Wral.com*, [online], 6 jun. 2017. Disponível em: <https://www.wral.com/cary-man-says-alexa-disclosed-private-conversation/16745480/>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹²⁴ “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”. (BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2021).

¹²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 548.

¹²⁶ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 127.

¹²⁷ “Embora o consumidor não precise provar o defeito do produto, deve demonstrar os danos sofridos e a relação de causa e efeito com o produto fornecido”. (WESENDONCK, Tula. Art. 931 do código civil: repetição ou inovação? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 3, p. 141-159, abr./jun. 2015).

Ocorre que, no “caso Alexa”, a própria *Amazon*, na pessoa de seu chefe executivo, afirmou¹²⁸ que o dispositivo não era defeituoso, tendo operado dentro do esperado: foi ativado por comandos de voz, interpretou os sons capturados e procedeu à realização daquilo que entendia que lhe estava sendo solicitado. Ainda que tenha compreendido equivocadamente cerca de cinco comandos seguidos, Alexa estava captando conversas de fundo – como é projetada para captar – e implementou as diretrizes – como é projetada para operar.

Na ausência de defeito, estaria limitada a responsabilidade do seu produtor? Observa-se que, ao contrário do CDC, o Art. 931 Código Civil¹²⁹ não traz de forma expressa o defeito de segurança como requisito para a configuração do dever de indenizar. A doutrina divide-se na interpretação do dispositivo. Parte entende que o Código Civil criou “uma regra geral de responsabilidade objetiva pela circulação dos produtos”, mais abrangente que o CDC e que “não condiciona a responsabilidade civil à existência de defeito do produto”.¹³⁰ Nesse sentido, o critério de imputação é o risco, como analisado na primeira parte do trabalho, afastando-se qualquer aferição ou mesmo presunção sobre a culpa.

No “caso Alexa” sob análise, há risco proveito, na medida em que o produtor se beneficia economicamente da comercialização dos objetos inteligentes; há risco criado,¹³¹ porque o produtor inaugura a situação que favorece a ocorrência do dano ao introduzir no mercado dispositivos vulneráveis; há risco excepcional, se considerarmos que a atividade algorítmica tem poten-

¹²⁸ SHABAN, Hamza. An Amazon Echo recorded a family's conversation, then sent it to a random person in their contacts, report says. *The Washington Post*, Washington, 24 maio 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/05/24/an-amazon-echo-recorded-a-family-conversation-then-sent-it-to-a-random-person-in-their-contacts-report-says/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹²⁹ “Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”. (BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 mar. 2021).

¹³⁰ WESENDONCK, Tula. Art. 931 do código civil: repetição ou inovação? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 3, p. 141-159, abr./jun. 2015.

¹³¹ Em seu voto no Recurso Especial 1100571/PE, o Min. Luis Felipe Salomão referiu *obter dictum* que a hipótese de responsabilidade prevista pelo art. 931 do Código Civil decorre do risco gerado pela atividade desenvolvida (BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. *Recurso Especial 1100571 (PE)*. Recorrente: CONPAR – Empreendimentos e Participações LTDA e outro. Recorrido: José Miguel dos Santos Fonseca e outro. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 18 ago. 2011). No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 142.991 (RJ)*. Agravante: Cyrela Milão Empreendimentos Imobiliários S/A. Agravado: Gisele Gonçalves Dias. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 26 nov. 2013.

cial lesivo elevado e suscita a maior probabilidade de ocorrência de dano.¹³² Contudo, na prática, tal forma de interpretação do artigo 931 acabaria por fazer incidir sobre o produtor de qualquer bem de consumo responsabilidade integral pelos riscos da atividade, o que inviabilizaria o comércio de produtos com risco inerente, a exemplo das facas e, principalmente, dos considerados nocivos à saúde, como cigarros.

Por essa razão, de outro lado, parte da doutrina entende “que o defeito do produto é um requisito indispensável para a configuração da responsabilidade do fornecedor também perante a norma da codificação civil”,¹³³ ao lado da verificação do dano e do desenvolvimento da atividade de produtor. Essa conclusão prestigia o Enunciado 42 da I Jornada de Direito Civil,¹³⁴ ao estabelecer que o Art. 931 deve ser aplicado em conformidade com a disciplina do Art. 17 do CDC, exigindo o defeito e atentando para as excludentes de responsabilidade previstas no diploma legal – como consta do Enunciado 562¹³⁵ da VI Jornada de Direito Civil. Importante observar, também, o conteúdo do Enunciado 190¹³⁶ da III Jornada de Direito Civil, o qual reconhece que o CDC continua mais favorável ao consumidor lesado, uma vez que o sistema especial acolhe a reparação integral do dano sem as restrições do Código Civil e prevê prazo prescricional superior de cinco anos para a reparação.

Retomando o “caso Alexa”, que vem conduzindo esta parte do estudo proposto, atenta-se, neste momento, a outro vetor a ser analisado. A *Amazon*, em pronunciamento de seu chefe executivo,¹³⁷ afirmou que estaria avaliando

¹³² ROSENVALD, Nelson. Do risco da atividade ao “alto” risco da atividade algorítmica. *NELSON ROSENVALD*, [online], [18 set. 2019]. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2019/09/18/do-risco-da-atividade-ao-alto-risco-da-atividade-algor%C3%ADtmica>. Acesso em: 30 dez. 2020.

¹³³ CALIXTO, Miguel Junqueira. O artigo 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. *Âmbito Jurídico*, [online], 1 abr. 2009. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-artigo-931-do-codigo-civil-de-2002-e-os-riscos-do-desenvolvimento/#_ftnref75. Acesso em: 03 jan. 2021.

¹³⁴ “O art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos.”

¹³⁵ “Aos casos do art. 931 do Código Civil aplicam-se as excludentes da responsabilidade objetiva.”

¹³⁶ “A regra do art. 931 do novo Código Civil não afasta as normas acerca da responsabilidade pelo fato do produto previstas no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, que continuam mais favoráveis ao consumidor lesado.”

¹³⁷ SHABAN, Hamza. An Amazon Echo recorded a family's conversation, then sent it to a random person in their contacts, report says. *The Washington Post*, Washington, 24 maio 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/05/24/an-amazon-echo-recorded-a-family-conversation-then-sent-it-to-a-random-person-in-their-contacts-report-says/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

opções para tornar esse caso ainda menos provável – o que já ocorreu em outras ocasiões relativamente à funcionalidade de ativação por voz.¹³⁸

Adotando-se o posicionamento de que a responsabilidade pelo fato do produto não decorre do risco da atividade, mas está centrada também no defeito, seria possível afastar sua caracterização mediante prova do desenvolvimento do produto segundo a melhor técnica existente e o cuidado exigido. Nesse sentido, o Art. 931 do CC e sua interpretação ganham especial relevo nas hipóteses de responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento – expressão que refere a possibilidade de que o desenvolvimento científico ofereça novas e mais seguras tecnologias que anteriormente não eram conhecidas pelo produtor, o que poderia configurar uma excludente de responsabilidade por eventuais danos.¹³⁹

Para a parte da doutrina que considera o risco do desenvolvimento uma hipótese de exclusão de responsabilidade do produtor, “o produto que se revela nocivo tempos depois de sua concepção, segundo o estágio de domínio da ciência à época da criação, não conduz à responsabilidade civil do criador ou produtor”.¹⁴⁰ João Calvão da Silva afirma que não seria o risco do desenvolvimento caso de defeito de concepção,¹⁴¹ uma vez que este seria cognoscível ou previsível, enquanto aquele seria incognoscível e imprevisível pelo produtor ideal.¹⁴² De outro lado, Arruda Alvim aponta que o risco do desenvolvimento também seria um defeito de concepção¹⁴³ e, portanto, não seria capaz de descaracterizar a responsabilidade do produtor. Já para James Marins, o produto não deixa de ser objetivamente defeituoso, de forma que

¹³⁸ NG, Alfred. Amazon’s Alexa had a flaw that let eavesdroppers listen in. *CNET*, Nova Iorque, 25 abr. 2018. Disponível em: <https://www.cnet.com/home/smart-home/amazon-alexa-voice-assistant-had-a-flaw-that-let-eavesdroppers-listen-in/>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹³⁹ TEPEDINO, Gustavo; GUIA, Rodrigo da Guia Silva. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set. 2019.

¹⁴⁰ STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 855, p. 46-53, jan. 2007.

¹⁴¹ A doutrina diferencia três espécies de defeito: de concepção, de fabricação e de comercialização. Os defeitos de concepção decorrem do projeto ou da fórmula, são inevitáveis e atingem toda a série produzida. Sobre o tema: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Hermann V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

¹⁴² “[A]aquele fabricante que observa no seu campo ou especialidade o mais avançado estado da ciência e da técnica, mesmo que ainda não praticado pelo produtor normal”. (SILVA, João Calvão da. *A responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 514).

¹⁴³ ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 15, p. 132-150, jul./set. 1995. p. 132.

adotar o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade implica considerar o defeito “juridicamente irrelevante”.¹⁴⁴

Dentro da corrente doutrinária que não considera o risco do desenvolvimento exonerativo da responsabilidade, há a posição sustentada por Sérgio Cavalieri Filho – e mais recentemente adotada pelo E. Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁵ – no sentido de que se trataria de risco integrante da atividade do produtor, contido na álea do negócio. Assim, o risco do desenvolvimento seria classificado como fortuito interno.¹⁴⁶ Quanto ao ponto, vale lembrar, verifica-se ser inerente à tecnologia um componente de imprevisibilidade.

O que se observa, assim, são empresas com pouca – ou nenhuma – experiência com desenvolvimento de *softwares*, tornando objetos analógicos em inteligentes mediante emprego de tecnologias simplórias e sem qualquer *standard* de segurança ou privacidade do usuário¹⁴⁷. Nesse sentido, a medida em que a criação de objetos inteligentes não torna a vida humana mais simples e eficiente, mas apenas torna os bens mais caros e inseguros, parece pertinente que o sistema responsabilize o produtor pelos riscos criados pelos dispositivos que introduz no mercado.

Por outro lado, é importante que o sistema gere os incentivos necessários para que os produtores se preocupem em somente colocar em circulação produtos que sejam seguros e cujos riscos se justifiquem. Nesse sentido, estabelecer como fator de imputação de responsabilidade apenas o risco, afastando-se a aferição do defeito e do cuidado e diligência no desenvolvimento, acaba por não distinguir o bom produtor do mau produtor, não gerando incentivo para produzir melhor.

¹⁴⁴ MARINS, James. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 6, p. 118-133, abr./jun. 1993.

¹⁴⁵ “[...] 8. O risco do desenvolvimento, entendido como aquele que não podia ser conhecido ou evitado no momento em que o medicamento foi colocado em circulação, constitui defeito existente desde o momento da concepção do produto, embora não perceptível a priori, caracterizando, pois, hipótese de fortuito interno.” BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. *Recurso Especial 1774372 (RS)*. Recorrente: Boehringer Ingelheim do Brasil Química e Farmacêutica LTDA. Recorrido: Espólio de Maria Amélia Souza da Rocha. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 18 maio 2020.

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 233.

¹⁴⁷ Com relação ao mercado brasileiro, Adalberto Pasqualotto adverte que: “quanto mais competitivo um mercado é, maior é a exigência de qualidade dos produtos concorrentes, o que reduz a potencialidade nociva; e o nível educacional dos povos europeus está muitos graus acima do nosso, o que contribui decisivamente para a existência, lá [União Europeia], de consumidores mais conscientes e exigentes. A realidade brasileira é outra, não só em relação a esses dois tópicos, mas também porque, como tantas vezes já se viu, o nosso mercado tem servido de campo de teste de produtos novos ou de quintal de produtos superados”. (PASQUALOTTO, Adalberto. Dará a reforma ao Código de Defesa do Consumidor um sopro de vida? *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 78, p. 11-20, abr./jun. 2011).

IV. Considerações finais

A flexibilização da culpa e do nexo de causalidade – requisitos tradicionais da responsabilidade civil – implica uma expansão quantitativa e qualitativa do dano ressarcível, de forma que, na contemporaneidade, principalmente em decorrência dos avanços tecnológicos – os quais não são acompanhados na mesma velocidade pelo Direito –, novos interesses passaram a ser considerados como merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico. Nessa senda, na ocorrência de um dano, a reparação será buscada pelo lesado e, diante do contexto de flexibilização de tais pressupostos, não raro, a função do intérprete, no que diz respeito ao presente trabalho e ao *novo contexto relacional*, será tão somente verificar se houve dano e se esse decorre do risco da atividade do produtor (isto é, se tal estava na álea da atividade) ou da conduta do influenciador digital (que, conforme sustentado, deve agir de acordo com a boa-fé).

De fato, a tecnologia multiplica os fatos ensejadores de responsabilidade civil, tomando proporções que não eram sequer imaginadas até poucas décadas. Por sua vez, o ordenamento jurídico tradicional (seus conceitos e categorias jurídicas tradicionais) não foi, em tese, idealizado para esse ambiente digital, que é aberto e caracterizado pela participação de diversos sujeitos¹⁴⁸ e, inclusive, de objetos inteligentes. Não se considerava, também, que a Internet pudesse implicar o frequente uso intencional para causar prejuízos a terceiros, afetando os interesses e a segurança dos internautas (que podem, como visto, vir a serem considerados consumidores).

Diante de tais questões, ao menos no momento presente, parece-nos razoável a ideia contemporânea de atrair a responsabilidade para quem chama a responsabilidade e para quem ou deve agir com responsabilidade por influenciar terceiros ou assumir os riscos inerentes ao exercício de sua atividade, visando a evitar que aquele que for lesado fique, simplesmente, sem reparação.

Referências

ALMEIDA, Brena Benício de; BEZERRA, Clara Catharinne Huanna Costa. Influenciadores digitais: uma análise da sua atuação na sociedade de consumo frente ao direito do consumidor. *Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública*, Pombal, v. 7, n. 5, p. 99-108, out. 2019. ISSN 2358-2105.

¹⁴⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 53-54.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 15, p. 132-150, jul./set. 1995.

ASHTON, Kevin. That “internet of things” thing. *RFID journal*, [s.l.], v. 22, n. 7, p. 97-114, 2009.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. *Revista de Direito da Responsabilidade*, [s.l.], Ano 2, p. 971-1006, 2020.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Do nexó de causalidade ao nexó de imputação. In: PAZ, Margarida; RODRIGUES, Gabriela Cunha; COSTA, Patrícia (org.). *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*. Edição atualizada em setembro de 2019. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. *E-book*. p. 39-80. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/0c436c556579/>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. A responsabilidade civil dos influenciadores digitais em tempos de coronavírus. In: JÚNIOR, José Luiz de Moura Faleiros; LONGHI, João Victor Rozatti; GUGLIARA, Rodrigo (coord.). *Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 311-331.

BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 1-21, maio/ago. 2019.

BENTZ, Tamany Vinson; VELTRI, Carolina. The Indirect Regulation of Influencer Advertising. *Food and Drug Law Journal*, [s.l.], v. 75, n. 2, p. 185-194, 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 142.991 (RJ)*. Agravante: Cyrela Milão Empreendimentos Imobiliários S/A. Agravado: Gisele Gonçalves Dias. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 26 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1100571 (PE)*. Recorrente: CONPAR – Empreendimentos e Participações LTDA e outro. Recorrido: José Miguel dos Santos Fonseca e outro. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 18 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1774372 (RS)*. Recorrente: Boehringer Ingelheim do Brasil Química e Farmacêutica LTDA. Recorrido: Espólio de Maria Amélia Souza da Rocha. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 18 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 130.764-1 (PR)*. Recorrente: Aurea Lucia Silveira de Souza. Recorrido: Estado de Minas Gerais, Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 12 maio 1992.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70081435471*. Apelante: Município de Porto Alegre. Apelado: Maria Cristina Vontobel Miller. Relator: Des. Marco Aurélio Heinz. Porto Alegre, 05 jun. 2019.

BRITO, Dante Ponte de. Responsabilização civil dos influenciadores digitais pela veiculação de publicidade ilícita nas redes sociais. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (coord.). *Direito Civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 451-464. *E-book*.

CALIXTO, Miguel Junqueira. O artigo 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. *Âmbito Jurídico*, [online], 1 abr. 2009. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-artigo-931-do-codigo-civil-de-2002-e-os-riscos-do-desenvolvimento/#_ftnref75. Acesso em: 03 jan. 2021.

CARPES, Artur Thompsen. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CARY man says ‘Alexa’ disclosed private conversation. *Wral.com*, [online], 6 jun. 2017. Disponível em: <https://www.wral.com/cary-man-says-alexa-disclosed-private-conversation/16745480/>. Acesso em: 12 abr. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CISCO. *Internet of everything*. 2012. Disponível em: https://www.cisco.com/c/dam/global/en_my/assets/ciscoinnovate/pdfs/IOE.pdf. Acesso em: 01 jan. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*, de 05 de maio de 1980. São Paulo: 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 13 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais*. São Paulo: 2021. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 08 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Representação 257/16*, julgada em dezembro de 2016. Autor: Conar mediante queixa de consumidor. Anunciante: Unilever Brasil e Blog de Mãe para Mãe – Mirela Acioly. Relator: Con. Rodrigo Marques Tedesco. Dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4512>. Acesso em: 05 mar. 2021.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço*: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FEINSTEIN, Neil; MURPHY, William. Online Influencers Create Challenging “Fyre” to Contain. *Communications Lawyer*, [s.l.], v. 35, n. 3, p. 38-44, 2020.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 4, p. 173-191, out./dez. 1992.

FYRE FESTIVAL: Fiasco no Caribe. Direção: Chris Smith. Great Exuma: Netflix, 2019. Documentário (97 min.), *streaming*.

GASPAROTTO, Ana Paula Filio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra Freitas; EFING, Antônio Carols. Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais. *Revista Jurídica Cesumar*, [s.l.], v. 19, n. 1, p. 65-87, jan./abr. 2019. DOI: 10.17765/2176-9184.2019v19n1p65-87.

HENRIQUE, Maíra Moura Barros. Responsabilidade Civil das Celebidades Digitais na Publicidade do Instagram. *Revista Caderno Virtual*, [s.l.], v. 1, n. 46, [n.p.], 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/caderno-virtual/article/view/4162>. Acesso em: 20 mar. 2021.

JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. *Revista Forense*, [s.l.], v. 86, n. 454, p. 548-559, 1941.

LEMOS, Ronaldo; DI FELICE, Massimo. *A Vida em Rede*. Campinas: Papirus 7 Mares, 2014.

LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1938.

MAGADAN, Gabriel de Freitas Melro. *Responsabilidade civil extracontratual: causalidade jurídica: seleção das consequências do dano*. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.

MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018. *E-book*.

MARINS, James. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 6, p. 118-133, abr./jun. 1993.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Hermann V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues; BARBOSA, Nathalia Sartarello. O reflexo da sociedade do hiperconsumo no instagram e a responsabilidade civil dos influenciadores digitais. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 13, n. 30, p. 73-88, maio/ago. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v13i30.2706>.

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

NG, Alfred. Amazon's Alexa had a flaw that let eavesdroppers listen in. *CNET*, Nova Iorque, 25 abr. 2018. Disponível em: <https://www.cnet.com/home/smart-home/amazon-alexa-voice-assistant-had-a-flaw-that-let-eavesdroppers-listen-in/>. Acesso em: 12 abr. 2021.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 17, n. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993.

NOVA IORQUE. New York Southern Bankruptcy Court. *Gregory M. Messer, as Chapter 7 Trustee of the Est v. Kendall Jenner Inc. et al.* 2019. Disponível em: https://www.pacermonitor.com/public/case/29805146/Gregory_M_Messer,_as_Chapter_7_Trustee_of_the_Est_v_Kendall_Jenner_Inc_et_al. Acesso em: 07 mar. 2021.

PASQUALOTTO, Adalberto. Dará a reforma ao Código de Defesa do Consumidor um sopro de vida? *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 78, p. 11-20, abr./jun. 2011.

PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Tome Deuxième. Revu et complété par Georges Ripert. Deuxième Édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947.

POWLES, Julia; JUDGE, Jenny. Forget the internet of things – we need an internet of people. *The Guardian*, Londres, 25 maio 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2015/may/25/forget-internet-of-things-people>. Acesso em: 01 jan. 2021.

RIO DE JANEIRO. Juizado Especial da Comarca de Barra Mansa. *Processo n. 0019543-02.2019.8.19.0007*. Autor: Carina Calvano Cyrino. Réu: Pedro Afonso Rezende e Outros. Juíza: Denise Ferrari Maeda. Barra Mansa, 30 jun. 2020.

ROSE, David. *Enchanted Objects*. Scribner: Nova York, 2014. *E-book*.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSENVALD, Nelson. Do risco da atividade ao “alto” risco da atividade algorítmica. *NELSON ROSENVALD*, [online], [18 set. 2019]. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2019/09/18/do-risco-da-atividade-ao-alto-risco-da-atividade-algor%C3%ADtmica>. Acesso em: 30 dez. 2020.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. A responsabilidade dos influenciadores digitais diante do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 133, p. 175-204, jan./fev. 2021.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SHABAN, Hamza. An Amazon Echo recorded a family’s conversation, then sent it to a random person in their contacts, report says. *The Washington Post*, Washington, 24 maio 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/05/24/an-amazon-echo-recorded-a-familys-conversation-then-sent-it-to-a-random-person-in-their-contacts-report-says/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SILVA, João Calvão da. *A responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

- STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 855, p. 46-53, jan. 2007.
- TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. *Rivista critica del Diritto Privato*, Napoli, v. 101, n. 1, p. 101-130, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 7-18, abr./jun. 2001.
- TEPEDINO, Gustavo; GUIA, Rodrigo da Guia Silva. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set. 2019.
- WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. *Information disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy making*. Strasbourg: Council of Europe, 2017. Disponível em: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-researc/168076277c>. Acesso em: 01 mar. 2021.
- WESENDONCK, Tula. Art. 931 do código civil: repetição ou inovação? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 3, p. 141-159, abr./jun. 2015.

Intervenção no contrato e livre concorrência

Bruno Montanari Rostro*

Caroline Schlatter**

Sumário: I. Introdução. II. Cogência normativa da defesa da concorrência na esfera dos contratos privados. 1. Contrato: entre a autonomia privada e a livre concorrência. 2. Pactos restritivos e preservação da concorrência. III. Tutela da livre concorrência em hipóteses de restrição vertical: uma análise da jurisprudência administrativa. 1. Exclusividade de vendas em estabelecimentos comerciais. 2. Cláusulas de raio em shopping centers. IV. Considerações finais.

I. Introdução

A Constituição Federal estabelece um projeto de desenvolvimento econômico pautado pela livre iniciativa privada,¹ a evitar, sempre que possível, que o Estado interfira ou participe diretamente da produção e circulação de riquezas.² Assim, essa liberdade de iniciativa, que se traduz, antes de tudo, no direito de todos lançarem-se ao mercado para desenvolvimento de atividade de cunho econômico, isto é, de participarem do mercado de produção e circulação de bens e serviços por conta e risco,³ materializa-se em espaço reservado para a atuação dos particulares na ordem econômica. Trata-se não

* Doutorando junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação do professor Dr. Luis Renato Ferreira da Silva. Mestre em Direito Civil e Empresarial pela UFRGS; Pós-Graduado em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil pela UNISINOS; Advogado. E-mail: bmrostro@gmail.com.

** Mestranda junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação do professor Dr. Luis Renato Ferreira da Silva. Advogada. E-mail: schlatter.caroline@gmail.com.

¹ A Constituição Federal estabelece a livre iniciativa dos particulares como princípio fundamental da República, no artigo 1º, e fundamento da Ordem Econômica, no caput do artigo 170, assegurando, no parágrafo único, que todos podem livremente exercer qualquer atividade econômica.

² THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³ PETTER, Lafayette Josué. *Direito econômico*. 5. ed. atual. ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

menos do que garantia de eficácia jurídica à autonomia privada nesse setor (econômico) da sociedade organizada.

Em realidade, a livre iniciativa é reflexo constitucional da autonomia privada,⁴ sendo conceitos indissociáveis entre si, pois, de outro modo, estaria essa liberdade conferida aos particulares despojada da sua principal área de atuação, ficando reduzida a uma proclamação vazia de efeitos práticos. Correlacionando-os, portanto, a iniciativa privada é o caráter econômico do exercício da autonomia privada,⁵ de modo que, para preservação da liberdade de iniciativa, será necessário garantir-se também aquilo que é manifestação da autonomia privada, especialmente, as liberdades contratuais compreendidas em liberdade de contratar, liberdade de escolher com quem contratar e liberdade de estabelecer o conteúdo contratual.

A partir dessa relação de conceitos, percebe-se que a liberdade contratual é instrumental à livre iniciativa particular, pois aquela garantirá os meios necessários ao exercício da atividade particular no mercado, dado que as trocas entre os agentes econômicos somente terão condições de ocorrer a partir da celebração de contratos.⁶ Nessa moldura, constitui-se o contrato como meio de circulação de mercadorias, e o mercado, como um composto de relações contratuais entre agentes participantes, sendo um verdadeiro meio para o desenvolvimento de toda a ordem econômica.

Ao lado disso, quando se fala em livre iniciativa, não se pode deixar de incluir na sua mecânica a possibilidade de competição igualitária na exploração de qualquer atividade, o que vem a ser representado pela livre-concorrência.⁷ Também são conceitos indissociáveis entre si, porque o elemento da competitividade, que é natural da livre concorrência, exige, por sua vez, uma descentralização de coordenação, o que então supõe a livre iniciativa particular e a apropriação privada dos bens de produção.

Conceitualmente, a livre-concorrência deve ser tomada como a liberdade de disputa por clientes e, conseqüentemente, pela manutenção da possibilidade de participação de empresas concorrentes no mercado. Isto é, materializa-se no direito de disputa e estabelece um processo competitivo, que reflete na possibilidade de empresários de um mesmo bem ou serviço competirem com objetivo

⁴ “Consequências imediatas da aceitação da autonomia privada são, em matéria constitucional, a garantia da liberdade de iniciativa econômica [...]”. AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. *RIL*, Brasília, ano 26, n. 102, abr./jun. 1989. p. 222.

⁵ FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Giuffrè: Milano, 1959.

⁶ FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais*. Teoria geral e aplicação. 3. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 292.

⁷ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso do Direito e Concorrência Desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 110.

de trazer para si o maior número de consumidores.⁸ Assim, ao mesmo tempo em que busca conferir chances iguais na disputa do mercado, acaba por incentivar o engajamento em favor de melhores e mais atrativas condições de preços, de melhores produtos e desenvolvimento de tecnologias, resultados esses que, ao cabo, contribuem para e coordenam o desenvolvimento de toda a economia.

E essa ideia de livre-concorrência faz com que, no mercado, os agentes não apenas realizem trocas, mas disputem livremente por oportunidades de trocas, sem que tais oportunidades sejam indevidamente subtraídas por terceiros.⁹ Ou seja, a afirmação de que a concorrência significa a disputa de trocas implica necessariamente no reconhecimento de que ela é a disputa pela celebração de contratos. Então, pode-se afirmar que não haverá disputa pelas oportunidades se não houver liberdade de contratar. Basicamente, sem a liberdade de contratar, não haverá propriamente um mercado eficiente, porque não haverá competição e incentivos de melhoria e atratividade, e, do reverso, sem competição o nível de trocas no mercado será reduzido, em prejuízo ao funcionamento de todo o sistema.

Portanto, o sistema econômico exige o reconhecimento da inter-relação entre essas três liberdades (de iniciativa, contratual e de concorrência), na medida em que: a livre iniciativa garante o acesso ao campo das contratações; a livre concorrência assegura a possibilidade de disputa pela oportunidade de realizar contratações; e a liberdade de contratar garante que o agente econômico efetivamente poderá realizar trocas desejadas celebrando contratos queridos.¹⁰ Desse modo, a subtração indiscriminada de uma dessas liberdades colocará em xeque o funcionamento da ordem econômica. Por efeito, então, essa confluência de conceitos não permite que a livre iniciativa e seu instrumento de promoção sejam invocados para afastar regras de regulamentação da concorrência no mercado,¹¹ ou que as liberdades e faculdades que delas derivem sejam exercidas em confronto com normas que tratam de fiscalizar a ordem econômica e de reprimir atos anticoncorrenciais, contexto no qual o presente estudo propõe-se a analisar de que forma o Direito da Concorrência poderá interagir com o Direito Contratual para regular o conteúdo de contratos particulares.

Para tanto, na primeira parte do trabalho, demonstra-se como o Direito Contratual permite compatibilizá-lo e condicioná-lo aos fundamentos e preceitos do Direito Concorrencial, matéria fundamentalmente de caráter

⁸ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso do Direito e Concorrência Desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 139.

⁹ FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais*. Teoria geral e aplicação. 3. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 290.

¹⁰ *Ibidem*, p. 289-290.

¹¹ Assim decidiu o STF no RE n.º 349.686, j. 14/06/2005, e no AI 636.883, j. 08/02/2011 (BRASIL, 2011, 2005).

público, valendo-se da análise de hipóteses de limites convencionais à concorrência para fins de retratar essa interação. Na segunda parte, analisam-se duas situações concretas em que a liberdade contratual entra em conflito com a livre concorrência, ambas envolvendo decisões do CADE relativas a restrições verticais. Estas têm seu caráter anticoncorrencial aferido com base nos seus efeitos¹² através da regra da razão,¹³ pois podem ter efeitos positivos,¹⁴ os quais deverão ser ponderados, no caso concreto, com os efeitos potenciais anticompetitivos da restrição.¹⁵ Assim, na análise do caráter anticoncorrencial de restrições verticais, o CADE impõe limites à liberdade contratual.

II. Cogência normativa da defesa da concorrência na esfera dos contratos privados

1. Contrato: entre a autonomia privada e a livre concorrência

A autonomia privada é, ainda hoje, o mais importante princípio do Direito Contratual. É expressão da liberdade individual que se reflete no poder que os particulares possuem de criar e regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações jurídicas de que fazem parte.¹⁶ Assim, o contrato,

¹² Há condutas consideradas infrações por objeto, “por não ser possível vislumbrar, pelo menos em princípio, nenhum outro objetivo relacionado à prática que não a restrição à livre concorrência”; a elas se aplica a metodologia da regra *per se*, ou seja, “será desnecessária a comprovação da potencialidade lesiva da conduta, ficando a cargo do acusado afastar a presunção”. Há, também, ilícitos por efeitos, nos quais “a restrição à livre concorrência não emerge de forma tão cristalina, cabendo à autoridade antitruste a comprovação de sua potencialidade lesiva, sopesando os efeitos ilícitos com eventuais propósitos legítimos que podem justificar a prática”; a essa categoria, na qual se inserem a maioria das condutas unilaterais, aplica-se a regra da razão. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 292-294

¹³ Na análise sob a regra da razão, é necessária uma investigação ampla do mercado, e nenhuma justificativa apresentada pelos entes responsáveis pela prática é excluída *a priori*. A dicotomia entre regra da razão e regra *per se* não é absoluta; pode haver soluções intermediárias. CHRISTIANSEN, Arndt; KERBER, Wolfgang. Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of “Per Se Rules vs. Rule of Reason”. *Journal of Competition Law & Economics*, [s.l.], v. 2, n. 2, p. 215-244, 2006. p. 3, 21.

¹⁴ Restrições verticais podem ser empregadas para aumentar a eficiência da empresa, de modo a torná-la mais competitiva, representando uma alternativa à integração vertical. DUNS, John. Vertical conduct: Non-price restraints. In: DUNS, John; DUKE, Arlen; SWEENEY, Brendan. *Comparative Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 225.

¹⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.009991/1998-82*. Relator: Conselheiro Roberto Pfeiffer, julgado em: 03 mar. 2004. Brasília, 2004. fl. 2054.

¹⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

enquanto instrumento legal para o exercício de iniciativas econômicas e realização do particular no âmbito patrimonial, encontra na autonomia privada seu pilar de sustentação, sendo esse o princípio que reconhece a existência de um espaço particular de atuação com eficácia normativa. É dizer, então, que o contrato “é manifestação de autonomia privada, poder que a pessoa tem de regular juridicamente seus interesses”.¹⁷

Entretanto, mesmo sendo a autonomia privada meio de promoção da liberdade particular, a princípio livre da ingerência do Estado, a realidade é que o conceito “não se traduz pela criação de espaços de não-direito, onde o direito abriria mão da intervenção em nome da prevalência absoluta de vontades individuais”.¹⁸ Pelo contrário, a autonomia privada é permanentemente limitada, seja por questões de ordem pública, seja por outros princípios de Direito Contratual, como, e.g., a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Basicamente, “é um princípio já funcionalizado por uma série de outros que, nos casos específicos, podem sobrepujá-la ou moldá-la, conforme os pesos e as importâncias específicas para o caso concreto”.¹⁹ Ou, nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, por toda a doutrina:

[...] é evidente, cai por terra a ideia da autonomia como poder de fato; tratar-se-ia, na verdade, de ‘poder jurídico’, isto é, autorização dada previamente pelo ordenamento, para que o indivíduo, respeitadas as regras legais, dê causa, por meio do negócio jurídico, a efeitos jurídicos.²⁰

A autonomia privada, assim, não corresponde à teoria geral do contrato, pois à regulamentação manifestada pelos sujeitos soma-se a normativa prevista pela lei, ou pelas normas, regras ou princípios de Direito Contratual, existindo um concurso de fontes na regulamentação do contrato, ainda que este seja manifestação de autonomia.²¹ Então, quando do exercício das liberdades contratuais, expressão da autonomia privada, haverá sempre a consideração

¹⁷ AMARAL, Francisco. O contrato e sua função institucional. *ABLIJ*, [s.l.], n. 18, p. 105-119, 2000. p. 110.

¹⁸ KLEIN, Vinicius. *A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação jurídica*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, UERJ, Rio de Janeiro, 2013. p. 58.

¹⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 125.

²⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: DI FRANCESCO, José Roberto P. *Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 15.

²¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

acerca de sua compatibilidade com outros valores do ordenamento jurídico. E, nesse sentido, será forma de relação social em ambiente regrado pelo direito, por elementos não-consensuais, e em que a lei é o veículo principal da intervenção do Estado na economia dos contratos.

Essa perspectiva, pela qual hoje é analisada a máxima da liberdade contratual dos particulares, acaba apontando para um modelo atual de contrato em que, apesar do papel fundante da vontade, ela não é mais refletida indistintamente em todas as situações, e o contrato, como ato dessa autonomia, já não é mais visto de forma abstraída do mundo concreto, em que importaria apenas os efeitos entre as partes.²² Por essa razão, o contrato e seu regramento acabam sendo submetidos ao constante controle de licitude e de valores externos, com a verificação de não contrariedade a normas imperativas, para assim se determinar a compatibilidade do ato com o ordenamento globalmente considerado, sendo que essa análise ocorrerá em três planos de interação: entre as partes; com as instituições, entre elas o mercado; e com a sociedade.²³

A ideia confere à autonomia privada uma dupla natureza: será ela um instrumento de realização da vontade individual e, ao mesmo tempo, um elemento de uma estrutura objetiva de ordenação dos processos de troca, entrelaçando-se na medida em que as leis do mercado codeterminam o conteúdo da relação entre as partes, de modo que somente poderá satisfazer os seus interesses por meio de contratos quem esteja disposto a amoldar sua vontade às condições oferecidas pelo mercado.²⁴

Tomando em consideração a análise do contrato sob o plano da interação com as instituições é que veremos que, muitas vezes, a ingerência estatal no conteúdo dos contratos privados ocorrerá em função do mercado por detrás da operação econômica, e terá na tutela da concorrência entre os agentes o fundamento da intervenção.

À luz da Constituição Federal, como visto, a concorrência regula o desenvolvimento econômico do Estado pautado na livre iniciativa, que é a liberdade de se colocar no mercado para desenvolver atividade econômica e celebrar trocas, e da qual o contrato é instrumental. Em atendimento à concorrência,

²² KLEIN, Vinícius. *A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação jurídica*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, UERJ, Rio de Janeiro, 2013.

²³ RIBEIRO. Joaquim de Sousa. *O Problema do Contrato*. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

²⁴ *Ibidem*.

essa liberdade ainda receberá o qualitativo da competição, permitindo que todos se coloquem e permaneçam no mercado enquanto competidores. É, então, a Constituição Federal, pelo inc. IV do seu art. 170, o ponto de partida a justificar a intervenção externa na esfera contratual, quando da necessidade de resguardar a liberdade de competir em função dos princípios e valores do *caput* do art. 170, o que se concretiza nos ditames da Lei n.º 12.529/11 (Lei Antitruste), que trata dos atos desleais de concorrência e dos atos de abuso do poder econômico, também em atendimento ao § 4º do art. 173 da CF/88²⁵, de maneira que, por força legal, a concorrência materializa-se como um dos elementos imperativos a compor a margem limítrofe da autorregulação dos particulares no mercado.

Essa ideia de intervenção (em maior ou menor grau) é própria do Direito da Concorrência, pois a defesa da concorrência “sempre foi sinônimo de intervenção econômica, por meio da restrição e mesmo do desfazimento de monopólios, sancionamento de cartéis, restrições verticais etc. Afirmar que defesa da concorrência não pode ser interventiva é uma contradição”.²⁶ É, assim, o ramo do direito que visa, pela regulação e intervenção, a assegurar que a competição entre as empresas e o bem-estar do consumidor não sejam molestados por práticas abusivas ou excludentes.

Por uma realidade marcada por monopólios e oligopólios, abandonou-se a ideia liberal que se tinha de que o mercado poderia se regular de forma perfeita e automática, sem a participação do Estado e do direito, tendo o estudo, a forma e os fundamentos de intervenção do Estado na ordem econômica, à vista da concorrência, apresentado constante evolução no último século, principalmente a partir da década de 50 e, especialmente, no direito norte-americano.

Em brevíssimo apanhado, primeiro vieram os estruturalistas, que primavam por um mercado mais pulverizado e menos concentrado, como meio de evitar a implementação de condutas anticompetitivas.²⁷ Porém, a

²⁵ Sobre a relação da Lei Antitruste com o art. 173, §4º, da CF/88: “[...] o art. 173, § 4º, da Constituição não pode ser entendido de forma exaustiva, tendo em vista que a sua preocupação maior é com o controle do abuso de poder econômico, qualquer que seja a forma da sua manifestação. Por essa razão, a Lei n. 12.529/2011 simplesmente dá cumprimento a esse comando, buscando prever os fins que comprometeriam a livre concorrência, vista no contexto da ordem econômica constitucional”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 245.

²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Concorrência e intervenção na economia*. *Folha de São Paulo*, São Paulo, abr. 2014. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2014/04/1438954-calixto-salomao-filho-concorrencia-e-intervencao-na-economia.shtml>. Acesso em: 01 mar. 2021.

²⁷ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do Antitruste*. 10. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 177.

percepção estruturalista pecava por excesso de crer que qualquer concentração seria prejudicial à concorrência.²⁸ Acrescente-se a isso a restrita ideia de que seria a concentração o único mal a ser combatido pelo antitruste.

Após, surgiram as ideias da Escola de Chicago,²⁹ para a qual “o que importa é a geração de eficiências e não propriamente a manutenção de um ambiente competitivo [...]”.³⁰ Ao contrário dos estruturalistas, até mesmo a maior concentração deveria ser admitida enquanto trouxesse ganhos de eficiência aos consumidores e ao mercado. A principal crítica à Escola reside na falta de distribuição das eficiências aos consumidores, ou seja, ao revés da previsão, as eficiências produtivas e alocativas beneficiam, em princípio, somente as empresas, por não haver pressão competitiva ou outros fatores que definam claramente como seriam elas compartilhadas, em termos de ganhos concretos, com os consumidores.³¹ Repercutiram, ainda, outros pensamentos, dentre eles, dos ordoliberais, para os quais o importante é a potencialidade da competição e a liberdade de escolha do consumidor, e de outras escolas, como a escola pós-Chicago, que renova o enfoque no bem-estar dos consumidores, mas apontando que “nem sempre soluções centradas apenas no resultado alocativo vão ao encontro dos interesses dos consumidores”.³²

Todas essas linhas de pensamento, por mais conflitantes que possam ser, compartilham da ideia de que a tutela da livre concorrência pela intervenção estatal se mostra extremamente pertinente, pois, somente a partir dessa proteção é que se pode evitar que o mercado seja dominado conforme interesse de poucos, com tendência de diminuição de agentes e aumento de preços, queda da qualidade dos produtos e redução de alternativas. Logo, por mais que seja natural da concorrência “prejudicar” concorrentes, “pois faz com que o empresário acabe por auferir lucros menores, forçando-o a investimentos para que possa manter-se competindo”,³³ é a tutela da concorrência que servirá como garantia de liberdade individual no mercado e que, por

²⁸ BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*. A policy at war with itself. New York: The Free Press, 1993.

²⁹ WERDEN, Gregory J. *The foundations of Antitrust*. North Carolina: Carolina Academic Press, 2020.

³⁰ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 53.

³¹ *Ibidem*, p. 54.

³² FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do Antitruste*. 10. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 186.

³³ FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais*. Teoria geral e aplicação. 3. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 290.

consequência, protegerá também outros interesses, como bem-estar dos consumidores.³⁴

No que diz respeito ao direito brasileiro, a legislação antitruste possui dicção ampla o suficiente para comportar diversas leituras, desde a mais até a menos intervencionista.³⁵ Essa variedade reluz no enunciado do art. 1º da Lei Antitruste, segundo o qual, por vezes, a prevenção e a repressão às

³⁴ A tutela do “bem-estar” do consumidor sempre foi tida como mote das políticas antitrustes, assim como das teorias antitrustes difundidas pelas mais diferentes escolas americanas e europeias do Direito Concorrencial: “toda teorização econômica do direito da concorrência baseia-se na proteção do consumidor. Teóricos ordoliberais, estruturalistas e neoclássicos não discordam quanto a esse ponto. A discordância maior está quanto ao sentido a ser dado à expressão “bem-estar do consumidor”. Enquanto para os ordoliberais e para muitos defensores das teorias pós-Chicago ela significa liberdade de escolha, para os teóricos neoclássicos ela significa simplesmente eficiência econômica. O fato de o consumidor ser o destinatário final das normas concorrenciais não o transforma em destinatário jurídico direto das mencionadas normas. Muitas vezes é através da proteção da “instituição” concorrência que seu interesse será protegido (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 81). Precisas foram as palavras de John F. Kennedy, em mensagem encaminhada em 1962 ao Congresso dos Estados Unidos, sobre as diretrizes de uma nova autoridade legislativa do Direito da Concorrência: “Como todos nós somos consumidores, estas ações e propostas no interesse dos consumidores são do interesse de todos nós. O investimento orçamental exigido por esses programas é muito pequeno – mas ele pode render dividendos valorosos no fortalecimento da nossa economia de livre concorrência, no nosso nível de vida e de saúde e dos nossos padrões éticos de conduta de negócios tradicionalmente elevados. A concorrência leal auxilia tanto os negócios como os consumidores”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Presidente (1961 – 1963: John F. Kennedy). *Special message to congress on protecting consumer interest*. Washington, 15 mar. 1962. 18 f. Disponível em: <https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>. Acesso em: 25 mar. 2021. Tradução livre). A legislação da concorrência, assim, guarda íntima relação com o Direito dos Consumidores e será sempre de alguma forma protetiva (mediata ou imediatamente) ao consumidor, coibindo aqueles agentes do mercado que reduzem ou corrompem substancialmente a concorrência efetiva e afetem o consumidor na sua possibilidade de escolher consumir a um preço razoável. Então, conclui-se que, “[...] por meio da manutenção das condições concorrenciais e da rivalidade, o Direito da Concorrência protege o consumidor, ainda que indiretamente, propiciando uma arquitetura de mercado da qual possa resultar menores preços e mais qualidade, diversidade e inovação. Também no controle de condutas é grande o espectro de tutela do consumidor, até porque, na maioria das infrações à ordem econômica, os danos recaem sobre ele”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 245.

³⁵ Atualmente, embora seja correto entender que a autoridade ainda não se posicionou de forma definitiva sobre o fundamento da intervenção do Estado na ordem econômica com base no Direito da Concorrência (BECKER, Bruno Bastos; MATTIUZZO, Marcela. Plataformas digitais e a superação do antitruste tradicional: mapeamento do debate atual. In: NETO, Caio Mário da Silva Pereira (org.). *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. São Paulo: FGV Direito, 2020. p. 75), extrai-se da doutrina que “o paradigma metodológico atualmente utilizado no Brasil (estrutura-conduta-desempenho) é fortemente influenciado pela escola tradicionalista de Harvard, que revela o pensamento norte-americano ligado a uma conduta de exacerbação do pluralismo igualitário, e que vê na concorrência um valor em si mesmo. Para esta escola, a concorrência vale por si própria, pouco importando o efeito real da concorrência no mercado em relação ao consumidor, posto que o valor a ser protegido é a concorrência em si mesma e não o consumidor ou o mercado”. FRANCESCHINI, Jose Inácio Gonzaga. *Ensaio Reunidos*. São Paulo: Singular, 2004. p. 422.

infrações contra a ordem econômica ocorrerá em vista da direta tutela dos consumidores; há, por exemplo, intervenção na liberdade de contratar e na liberdade escolher com quem contratar, mediante imposição da obrigação de contratar em determinadas situações, nas quais não se deve discriminar os consumidores, à luz do que preconizam os incisos X e XI do §3º do art. 36 da Lei. Por outras vezes, porém, a intervenção estará justificada primeiramente na proteção do interesse da concorrência em si,³⁶ como quando, com base no controle de estruturas (em hipótese de ato de concentração, por exemplo), veda-se ou condiciona-se a contratação em face da materialização de domínio de mercado e exclusão de demais participantes sem nenhuma das alternativas previstas no §6º do art. 88. Nesses casos, privilegia-se a manutenção de um sistema que prima pela concorrência, pela igualdade de condições mínimas de competitividade, em detrimento da liberdade contratual. E assim a tutela do consumidor acabará se realizando, mas somente de forma indireta, pela existência de um mercado competitivo que não concede espaço para falhas ou distorções.

2. *Pactos restritivos e preservação da concorrência*

O Direito da Concorrência tem marcada relação com o Direito Contratual no âmbito dos chamados limites convencionais à concorrência, ou pactos restritivos, identificando-se nesses casos uma maior recorrência

³⁶ “O concorrente, exatamente como consumidor, não é objeto imediato de tutela do Direito Concorrencial – seus interesses são protegidos através da proteção da ordem concorrencial. A proteção direta dos interesses dos concorrentes através do Direito Antitruste deve ser objetada tanto na esfera abstrata quando na esfera concreta”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 92.

da intervenção estatal fundamentada na livre concorrência, a refrear condutas anticoncorrenciais.³⁷

Os pactos restritivos são ajustes que retiram do contratante as maiores expressões de liberdade de iniciativa no campo privado, que são a liberdade de atividade e a faculdade de contratar; logo, têm por consequência limitar ou excepcionar liberdades econômicas fundamentais.³⁸ Assim, é conferido aos particulares, no exercício de sua autonomia privada, licitamente celebrarem negócios jurídicos que ao cabo consistirão em restrições à prática da livre concorrência. E justamente por serem acordos que estipulam ou eliminam condições de competitividade, devem necessariamente observar e se adequar às regras próprias do Direito Concorrencial³⁹. Ou seja, basicamente, aquilo que é contratualmente ajustado pelas partes deve ser estipulado sem malferir os preceitos da Lei Antitruste, mormente, das regras de conduta do art. 36, que define as infrações da ordem econômica no campo concorrencial,

³⁷ O eixo do presente estudo é concatenar o controle de condutas com o exercício da liberdade contratual pelos particulares, a ponderar essa liberdade quando, de alguma forma, resultar em práticas anticompetitivas. Assim, alerta-se ao leitor que não serão tratados aspectos próprios do controle de estruturas, como seriam os atos de concentração, sem que isso represente, de alguma forma, mitigar a importância do controle estrutural, pois “[...] o Direito da Concorrência tem como objeto o controle do poder econômico, o que pode ocorrer tanto por meio de uma atuação estatal prioritariamente preventiva, tendo como foco as estruturas, como por meio de uma ação estatal prioritariamente repressiva, com foco nas condutas”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 113. Diferenciam-se os controles de estrutura e de conduta, na medida que “o pressuposto básico do controle de estruturas é o de que, para o adequado funcionamento do mercado, não basta o controle de condutas, que se realiza por meio da prevenção e repressão das infrações anticoncorrenciais. É necessário igualmente que se impeça a formação de estruturas empresariais que restrinjam indevidamente a livre concorrência, seja porque propiciam o exercício abusivo da posição dominante adquirida ou reforçada em virtude da operação, seja porque facilitam a colusão. Dessa maneira, o controle de estruturas apresenta propósito nitidamente preventivo e complementar ao controle de condutas, já que a sua finalidade não é a de impor nenhuma sanção, mas somente a de verificar se o ato de concentração submetido ao seu exame deve ser aprovado, rejeitado ou ainda aprovado com restrições. [...] Não sendo o controle de condutas suficiente para assegurar a manutenção da ordem concorrencial, até em razão das conhecidas dificuldades para se identificar e punir condutas anticompetitivas, é inequívoca a importância do controle de estruturas”. (Ibidem, p. 109). Atualmente, identificam-se diretrizes para o controle de condutas no art. 36 da Lei Antitruste, ao definir as modalidades e os efeitos de condutas que ensejarão a atuação estatal, geralmente, culminando em um controle *a posteriori*, e, para o controle de estruturas, no art. 88, ao definir que os atos de concentração deverão ser submetidos a controle *ex-ante* de aprovação.

³⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 233.

³⁹ “[...] o contrato, ou a cláusula contratual, que se põe a limitar a concorrência, tem um carácter normativo: rege efetivamente a atividade das partes perante terceiros, excluindo o cumprimento com terceiros de determinados contratos, isso é, com aqueles que integrariam o exercício da atividade proibida. E tendo essa correlação com a atividade de terceiros haverá um carácter sempre recorrente da disciplina da concorrência, impondo-se à normativa do acordo considerações globais que avaliem precisamente os efeitos e, portanto, evite prejuízos aos demais agentes do mercado e consumidores em geral”. ASCARELLI, Tulio. *Teoria della Concorrenza e Dei Beni Immateriali*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960. p. 88. Tradução livre.

incluindo em seu inciso I os acordos que de qualquer forma prejudiquem a livre concorrência ou a livre iniciativa, e listando em seu § 3º uma série de condutas específicas, não exaustivas, que, de regra, caracterizam infrações da ordem econômica.

Esse necessário condicionamento dos contratos à observância da livre concorrência, evidentemente, deverá ser considerado sempre à luz das diferentes modalidades de limitações convencionais, porque, a depender da estipulação, permite-se maior ou menor grau de limitação da concorrência.

Tais limitações convencionais podem ocorrer em uma perspectiva horizontal, quando a previsão de limitação ocorre dentro do mesmo nível de mercado,⁴⁰ isto é, quando há uma identidade de atividades entre potenciais agentes competidores, e o pacto restritivo vem a impedir que se crie ou se perpetue uma competição de caráter excludente entre os contratantes.⁴¹ Uma modalidade de limitação horizontal é o caso da cláusula de *non compete*, que se trata de vedação expressa dada pelos contratantes à competição no mesmo nível de mercado, na mesma atividade.⁴² É obrigação assumida de não praticar pessoalmente, ou por meio de terceiro, um ato de concorrência à contraparte. Trata-se de obrigação acessória, que não constitui o objeto principal do contrato, mas está a ele diretamente relacionada e é necessária à viabilização de determinado negócio.

Exemplo prático de cláusula de *non compete* ocorre quando ajustam as partes em um contrato de compra e venda de participação societária que o alienante não poderá empreender a mesma atividade da empresa da qual se retira. Para ilustrar, o sócio que vende a participação em uma editora de livros se compromete a não exercer nenhuma atividade vinculada com outra editora de livros, seja como sócio, diretor, empregado. Outro exemplo seria a obrigação assumida em benefício de uma *joint venture*, em que as partes determinam não ser permitido realizarem atividade abrangida pelos termos do acordo.

Porém, como se trata de convenção que restringe liberdades particulares de desenvolver atividade e de contratar, as cláusulas de *non compete* serão admitidas desde que preencham determinadas condições. É a proteção da liberdade de todos que exige a limitação do âmbito em que o exercício de uma atividade pode ser impedido, mas essa delimitação deve seguir o critério de evitar não só restrições excessivas à liberdade contratual, mas também

⁴⁰ STEINER, Robert L. The nature of vertical restraints. *The Antitrust Bulletin*, [s.l.], n. 143, p. 153-197, 1985. p. 143.

⁴¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. As condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴² ASCARELLI, Tulio. *Teoria della Concorrenza e Dei Beni Immateriali*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960.

possíveis formações de monopólio de fato,⁴³ ao criar as dificuldades previstas no §3º, inc. IV, do art. 36 da Lei Antitruste.

Quanto aos requisitos da cláusula, que são também seus limitadores,⁴⁴ tem-se, por primeiro, que, por se tratar de regra de exceção, deve ser expressamente ajustada, não podendo extrair-se tal renúncia de situações análogas, nem o silêncio ser tomado como concordância. Portanto, e.g., por mais próximos que sejam, não se pode estender à alienação de participação societária a proibição da prática de concorrência prevista pelo art. 1.147 do CC/02, prevista para o alienante do estabelecimento comercial.^{45,46}

Há também outros pressupostos a serem atendidos: (i) o da *temporalidade*, a não permitir abstenção perpétua ao exercício da concorrência, devendo ser ajustado prazo delimitado e razoável,^{47,48} (ii) o da *territorialidade*, pelo qual as cláusulas devem trazer identificação da área na qual não se pode praticar a concorrência, e desde que naquela determinada área seja identificável a disputa de mercado. Para tanto, considera-se o mercado relevante da parte beneficiária, em termos de deslocamento dos produtos em determinada área e acesso do cliente;^{49,50} (iii) considerando também o mercado relevante, mas dessa vez em termos de substitutibilidade do produto, o critério da *materialidade*,^{51,52} pelo

⁴³ ASCARELLI, Tulio. *Teoria della Concorrenza e Dei Beni Immateriali*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960. p. 84.

⁴⁴ Essas limitações aplicáveis à cláusula de não concorrência são cumulativas, de forma que a inexistência de uma delas causa a invalidade da cláusula (NERY JUNIOR, 2014).

⁴⁵ FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais*. Teoria geral e aplicação. 3. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 301-302.

⁴⁶ Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *REsp 1.239.219/RS*. Quarta Turma, relator: ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 8 maio 2008, DJe 14 maio 2008. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800189188&dt_publicacao=14/05/2018. Acesso em: 12 fev. 2021.

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Cláusula de não concorrência e seus requisitos – prejudicialidade externa entre processos. *Soluções Práticas de Direito*, [s.l.], v. 7, p. 467-513, set. 2014.

⁴⁸ Um critério de razoabilidade pode ser o tempo necessário para desatualizar o possível concorrente sobre os segredos industriais do beneficiário, ou para retorno do investimento do beneficiário.

⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Cláusula de não concorrência e seus requisitos – prejudicialidade externa entre processos. *Soluções Práticas de Direito*, [s.l.], v. 7, p. 467-513, set. 2014.

⁵⁰ No Ato de Concentração 08700.008751/2012-31 (“Caso Proair/Seaviation”), definiu o CADE que a limitação não poderia se dar entre empresas em aeroportos distintos na mesma cidade, pois constituem mercados distintos e a empresa beneficiária atua em apenas um (MAZZUCATO, Paolo Zupo. *Lei Antitruste Sistematizada*. Jurisprudência na visão do CADE. São Paulo: RT, 2018).

⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson. Cláusula de não concorrência e seus requisitos – prejudicialidade externa entre processos. *Soluções Práticas de Direito*, [s.l.], v. 7, p. 467-513, set. 2014.

⁵² Súmula 4 do CADE: “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de *joint venture*, desde que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação”.

qual a cláusula deverá especificar o ramo de atividade que não poderá ser aproveitado, e é somente dentro desse âmbito de atividade desenvolvida pelo beneficiário que será lícita, devendo ainda ser atividade contemporânea ao pacto, evitando-se maior proibição por posterior ampliação da atividade do beneficiário.⁵³ Por fim, ainda haverá de ser atendido o requisito da *correspondência*, não podendo ser gratuita a obrigação – esta deverá, ao menos, estar situada em um negócio bilateral e oneroso, ou plurilateral com fim comum.⁵⁴

Por outro lado, as limitações convencionais podem se dar em uma perspectiva vertical,⁵⁵ quando acabam por restringir a competição em diferentes níveis do mercado (e.g., a restrição entre um fabricante e um atacadista, que afeta a concorrência no mercado do atacadista), ou em diferentes setores (e.g., restrição de lojistas em cláusulas de raio, que afeta a concorrência entre *shopping centers*).⁵⁶ No que diz respeito às restrições verticais, são estipulações contratuais que restringem as condições sob as quais as empresas podem operar, comprar, vender ou revender. E, embora pactuada por partes determinadas, a restrição não visa a eliminar a concorrência entre elas, mas a proibir ou limitar a liberdade de um ou de todos os contratantes de contratar com terceiros.⁵⁷ É, no mais das vezes, mecanismo para promover a coordenação vertical do escoamento de produtos e serviços, sem que se trate propriamente de ato de concentração de empresas, mas que pode afetar a concorrência de modo semelhante a ato de concentração em determinado nível de mercado, e por isso estará submetido a controle externo.

Exemplos são as exclusividades previstas contratualmente. Ao contrário do *non compete*, as cláusulas de exclusividade não estabelecem propriamente obrigações de não-concorrência, mas restringem as condições de exercício

⁵³ ASCARELLI, Tullio. *Teoria della Concorrenza e Dei Beni Immateriali*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960. p. 84.

⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Cláusula de não concorrência e seus requisitos – prejudicialidade externa entre processos. *Soluções Práticas de Direito*, [s.l.], v. 7, p. 467-513, set. 2014.

⁵⁵ Significa ser vertical a atividade que corresponde aos sucessivos momentos que vão da produção ou transformação da matéria prima até a colocação do produto pronto no mercado de consumo, ou quando há organização de diferente setores para disponibilização de produtos e serviços (ASCARELLI, Tullio. *Teoria della Concorrenza e Dei Beni Immateriali*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960).

⁵⁶ A Resolução n.º 20 do CADE conceitua restrição vertical como: “restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (“de origem”) sobre mercados relacionados verticalmente – a “montante” ou a “jusante” – ao longo da cadeia produtiva (mercado “alvo”)”.

⁵⁷ “[são cláusulas que] não disciplinam a recíproca concorrência entre idênticas ou análogas atividades empresariais, mas, ao contrário, disciplinam as relações entre sujeitos que exercem atividades econômicas que se sucedem no caminho que conduz à colocação do produto até o público consumidor ou entre atividades econômicas de uma que é auxiliar em relação à outra e em relação ao exercício de dita atividade”. (ASCARELLI, Tullio. *Teoria della Concorrenza e Dei Beni Immateriali*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960. p. 90. Tradução livre).

das atividades econômicas. O escopo dessas cláusulas muitas vezes é impedir que os empresários concorrentes utilizem os serviços ou adquiram os bens daqueles que assumiram a restrição de exclusividade. Elas, embora não visem diretamente a disciplinar a concorrência entre as partes, impactam seriamente na disciplina, ao transformar um empresário independente em auxiliar de outro empresário,⁵⁸ e também ao obstruir o acesso a produtos, a serviços ou a canais de distribuição por aqueles que não participam do contrato, o que acaba por colocar essas cláusulas no contexto do Direito Concorrencial.⁵⁹

Nessa modalidade, haverá sempre uma tensão entre racionalidade empresarial e a racionalidade jurídica. A rigor, usualmente, a exclusividade é adotada por empresários a partir de critérios de eficiência econômica, principalmente de custo-benefício, quando é mais barato realizar transações no mercado ao invés de internalizar operações⁶⁰ – e.g., custa menos comprar de um fornecedor do que ter estrutura para fabricar o produto. Porém, para fins de intervenção, “a análise deve partir da concorrência e não da eficiência”,⁶¹ e a razão por detrás será evitar um fechamento do mercado, que limite a entrada de outros concorrentes. Isto é, atuará o direito sempre que a recorrência da cláusula de exclusividade entre empresas em distintos níveis de mercado tenha potencial de fazer com que sobrem poucas alternativas aos independentes de atuarem em condições concorrenciais,⁶² a tornar difícil a entrada dos novos concorrentes, a ponto de, ao invés de entrarem em apenas um mercado (e.g., de produção ou de distribuição), terem que entrar em dois mercados pela falta de parceria comercial (e.g., o empresário terá que atuar na produção e na distribuição caso queira escoar seus produtos).⁶³

Assim, encontra-se também no art. 36 da Lei Antitruste os fundamentos com base nos quais pondera-se a estipulação dessas cláusulas de exclusividade, especificamente, no inc. I do *caput*, e nos incisos III e V do §3º.

⁵⁸ FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais*. Teoria geral e aplicação. 3. ed. São Paulo: RT, 2020.

⁵⁹ ASCARELLI, Tulio. *Teoria della Concorrenza e Dei Beni Immateriali*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960. p. 91.

⁶⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

⁶¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. As condutas. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 252.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Nesse sentido, entende o CADE que a exclusividade de vendas dificulta a entrada porque o entrante precisaria investir em duas etapas distintas da cadeia produtiva, ou arcar com os custos de coordenação para assegurar a entrada simultânea de distribuidores. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003303/98-25*. Relator: Conselheiro Mércio Felsky, julgado em: 13 set. 2000. Brasília, 2000b. fl. 2250.

III. Tutela da livre concorrência em hipóteses de restrição vertical: uma análise da jurisprudência administrativa

1. Exclusividade de vendas em estabelecimentos comerciais

Nesta parte do trabalho, serão analisados casos envolvendo exclusividade de vendas⁶⁴ em estabelecimentos comerciais que disponibilizam mercadorias aos consumidores finais, nos quais o CADE interveio em contratos privados para salvaguardar a livre concorrência, ante restrições desproporcionais à livre iniciativa. Pela exclusividade de vendas, o revendedor se compromete a não comercializar bens concorrentes.⁶⁵ Como parte da lucratividade do negócio do fabricante depende de variáveis que são controladas pelo revendedor, aquele tem incentivos para influenciar o comportamento deste; em geral, as ações nesse sentido tendem a aumentar a eficiência da cadeia produtiva e, por consequência, incrementar o bem-estar social.⁶⁶

Em alguns casos, todavia, a determinação de exclusividade de vendas pelo agente dominante pode acarretar a exclusão de concorrentes através da exploração da externalidade negativa derivada da escala mínima viável⁶⁷ – havendo economias de escala e múltiplos revendedores, o agente dominante consegue, através de contratos de exclusividade de vendas com revendedores chave, privar o entrante da escala necessária para o sucesso da sua operação.⁶⁸ Essa prática gera um custo social, porque eventualmente impede a entrada de

⁶⁴ Há outros tipos de exclusividade; aqui, trata-se da que é conhecida nos Estados Unidos da América como “*exclusive dealing*”, mas comumente referida como “*single branding*” (e por vezes como “*exclusive purchasing*”) no contexto europeu (DUNS, John. Vertical conduct: Non-price restraints. In: DUNS, John; DUKE, Arlen; SWEENEY, Brendan. *Comparative Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 220-221).

⁶⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.007423/2006-27*. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em: 16 out. 2018. Brasília, 2018. doc. 0538246.

⁶⁶ FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo; CALCAGNO, Claudio. Exclusive Dealing. In: FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo; CALCAGNO, Claudio. *Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 240.

⁶⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.007423/2006-27*. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em: 16 out. 2018. Brasília, 2018. doc. 0539058.

⁶⁸ FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo; CALCAGNO, Claudio. Exclusive Dealing. In: FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo; CALCAGNO, Claudio. *Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 240.

competidores mais eficientes do que os já estabelecidos.⁶⁹ Ocorre o fechamento do mercado quando a empresa que implementa a exclusividade, ao dificultar o acesso de consumidores a produtos concorrentes, aumenta o seu poder de mercado e eleva as barreiras à entrada.^{70,71}

Um caso ilustrativo da posição do CADE quanto à exclusividade de vendas é o processo administrativo (PA) 08012.003303/1998-25, relativo ao mercado de cigarros,⁷² produto que possui baixo valor específico e é de rápido consumo, o que diminui o esforço que os consumidores estão dispostos a deprender na busca de sua marca habitual;⁷³ isso torna essencial que as empresas disponibilizem seus produtos no maior número possível de varejistas.⁷⁴ Nesse contexto, o CADE⁷⁵ entendeu que a imposição, pela Souza Cruz, de cláusulas de exclusividade de vendas nos seus contratos com os pontos de

⁶⁹ AGHION, Philippe; BOLTON, Patrick. Contracts as a barrier to entry. *The American Economic Review*, [s.l.], v. 77, n. 3, p. 388-401, 1987. p. 396.

⁷⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003303/98-25*. Relator: Conselheiro Mércio Felsky, julgado em: 13 set. 2000. Brasília, 2000b. fl. 2250.

⁷¹ Embora o conceito de barreiras à entrada seja relevante para o Direito Concorrencial (se a entrada é fácil, empresas com posição dominante no mercado poderão enfrentar dificuldades para exercer poder de mercado sem atrair novos concorrentes), não há consenso quanto à sua definição. No Brasil, consideram-se barreiras à entrada: custos irrecuperáveis, barreiras legais ou regulatórias, recursos pertencentes exclusivamente a empresas estabelecidas, economias de escala e/ou de escopo, nível de integração da cadeia de produção, lealdade dos consumidores a marcas estabelecidas e ameaça de reação por parte de competidores estabelecidos (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Barriers to Entry*, DAF/COMP(2005)42. Paris, 2005. Disponível em: <https://www.oecd.org/fr/concurrence/abus/36997651.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 9, 239, 251).

⁷² O mercado relevante na dimensão do produto foi definido como cigarro-varejo e cigarro-atacado. No Brasil, o mercado de cigarros é um duopólio formado pela Souza Cruz e pela Philip Morris, e, por causa da regulamentação, a concorrência não se dá por preço, mas por diferenciação de produto (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003303/98-25*. Relator: Conselheiro Mércio Felsky, julgado em: 13 set. 2000. Brasília, 2000b. fl. 2253, 2266). A Souza Cruz não foi condenada por infração à ordem econômica porque celebrou com o com o CADE (ibidem, fl. 2262) termo de compromisso de cessação (TCC), se comprometendo a deixar de incluir a exclusividade de venda nos contratos com varejistas, bem como com estabelecimentos da rede Makro Atacadista S.A.; a exclusividade continuou permitida em certas condições no caso de varejos especiais, e em relação aos demais estabelecimentos atacadistas.

⁷³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003921/2005-10*. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em: 21 jun. 2006. Brasília, 2006. fl. 4607.

⁷⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003303/98-25*. Relator: Conselheiro Mércio Felsky, julgado em: 13 set. 2000. Brasília, 2000b. fl. 2249.

⁷⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003921/2005-10*. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em: 21 jun. 2006. Brasília, 2006. fl. 4595.

venda tinha o potencial de fechar o mercado, porque dificultava que concorrentes dispusessem de uma rede de distribuição eficiente – impossibilitados de vender aos varejistas exclusivos, pequenos fabricantes precisariam abranger uma maior área para comercializar certa quantidade de cigarros, de modo que seus custos de distribuição aumentariam. Haveria, também, danos atuais e potenciais aos consumidores.⁷⁶

O CADE também já se posicionou quanto à situação em que há exclusividade de vendas de fato, isto é, sem que o texto do contrato contenha expressamente uma cláusula nesse sentido.⁷⁷ No PA 08012.007423/2006-27, relativo ao mercado de “sorvetes industriais de impulso do tipo *self-service* (excluídos sorvetes *soft*)” na circunscrição municipal,⁷⁸ a Kibon foi condenada e o processo foi arquivado em relação à Nestlé.⁷⁹ Ambas haviam sido acusadas de negociar exclusividade de vendas em troca de bonificações.⁸⁰

⁷⁶ Isso porque haveria diminuição do bem-estar dos consumidores, os quais teriam que desviar de sua rota para adquirir o produto de sua preferência (aumentando o custo de aquisição do produto), ou adquirir um produto diverso (diminuindo a utilidade), e seria impedida a entrada de novas marcas, as quais poderiam vir a ser da preferência de alguns consumidores, elevando o seu bem-estar (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003921/2005-10*. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em: 21 jun. 2006. Brasília, 2006. fl. 4629).

⁷⁷ É comum, inclusive, que empresas, cientes do risco de que a prática da exclusividade pode infringir a legislação concorrencial, empreguem estratégias para que os revendedores entendam que não podem vender produtos concorrentes, sem que isso conste expressamente no contrato (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.007423/2006-27*). Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em: 16 out. 2018. Brasília, 2018. doc. 0538246. Dessa forma, na análise de restrições verticais, pode ser necessário ir além dos termos expressos de um contrato; é possível deduzir a existência de restrições implícitas com base no modo como é implementado o contrato pelas partes e nos incentivos existentes (UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on Vertical Restraints*. 2010. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0519\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0519(04)&from=EN). Acesso em: 18 mar. 2021).

⁷⁸ Isso abrange picolés e sorvetes disponíveis em *freezers* em pontos de venda como padarias, lojas de conveniência, farmácias, restaurantes, mas não sorvetes adquiridos para consumo em casa, e nem sorvetes não embalados disponíveis em sorveterias. Para se manter nesse mercado, é necessário que a empresa tenha seus produtos disponíveis em um número mínimo de pontos de venda, estabelecidos em uma rota que justifique a saída de um caminhão refrigerado da fábrica (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.007423/2006-27*. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em: 16 out. 2018. Brasília, 2018. doc. 0538246).

⁷⁹ O CADE considerou que, como a Nestlé Brasil Ltda. não tinha posição dominante no mercado, sua conduta não poderia ter efeitos prejudiciais à livre concorrência. A Unilever Brasil Ltda. (Kibon), por sua vez, foi condenada, com fundamento no art. 36, incisos I e IV, c/c os incisos IV, V e IX do seu §3º, da Lei 12.529/2011 ao pagamento de multa, sendo determinadas medidas para garantir a cessação da prática. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.007423/2006-27*. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em: 16 out. 2018. Brasília, 2018. doc. 0539139.

⁸⁰ *Ibidem*, doc. 0538246.

Apesar de os contratos da Kibon não conterem previsão expressa de exclusividade de vendas, o CADE⁸¹ entendeu que havia exclusividade de fato, tanto em razão de testemunhos de pontos de venda e de concorrentes, quanto em função de outras cláusulas presentes nos contratos. Em se tratando de um mercado de produto de impulso, a exclusividade de *merchandising* (em certos locais do estabelecimento, marcas concorrentes não podem ser exibidas) equivale, na prática, à de vendas.⁸² Também os contratos de giro mínimo (em determinado lapso temporal, o revendedor deve vender no mínimo uma certa quantidade daqueles produtos) podem fazer com que o revendedor, para conseguir atingir a meta de vendas, não ofereça produtos concorrentes.⁸³

Um ponto importante levantado nesse processo foi a questão da extensão da prática, no sentido de ser pequeno o percentual de pontos de venda a ter exclusividade.⁸⁴ O CADE⁸⁵ asseverou que há assimetrias entre os revendedores, e a exclusividade era firmada com pontos de venda estrategicamente selecionados, de modo que poderia acarretar fechamento de mercado. Ademais, o efeito de fechamento não se restringe aos pontos de venda exclusivos da

⁸¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Processo Administrativo n. 08012.007423/2006-27*. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em: 16 out. 2018. Brasília, 2018. doc. 0538246.

⁸² Isso porque não é razoável crer que o consumidor, ao ver expostos os produtos e a marca de uma fabricante de sorvetes, perguntará para um funcionário se há em outro ponto da loja produtos de outra marca, ou se deslocará a outro local para adquiri-los (Ibidem, doc. 0538246). O revendedor, então, optará por não manter produtos concorrentes, já que não haverá demanda por eles. Diferentemente no caso de produtos como cigarros, em que o esperado é que o consumidor pergunte se há o cigarro da marca que habitualmente consome, ainda que haja exposição e *merchandising* apenas de alguma outra marca, de modo que previsões de exclusividade de *merchandising* e de exposição não resultam em exclusividade de vendas de fato (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003921/2005-10*). Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em: 21 jun. 2006. Brasília, 2006. fl. 4618. Dessa forma, a análise anticoncorrencial, para aferir os possíveis efeitos das condutas – no caso, se do uso de cláusulas de exclusividade de *merchandising* resulta uma exclusividade de vendas de fato –, leva em consideração o comportamento esperado dos consumidores em relação ao produto objeto de análise.

⁸³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.007423/2006-27*. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em: 16 out. 2018. Brasília, 2018. doc. 0538246.

⁸⁴ O mesmo argumento foi levantado, com igual insucesso, no caso referente à Ambev, tratado abaixo (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003805/2004-10*). Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, julgado em: 22 jul. 2009. Brasília, 2009. fl. 4970).

⁸⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.007423/2006-27*. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em: 16 out. 2018. Brasília, 2018. doc. 0539058.

empresa dominante, sendo amplificado, porque, uma vez que ela adota a prática, a estratégia mais racional para as concorrentes é fazer o mesmo.^{86,87}

Outro caso que ilustra uma exclusividade de vendas de fato é o PA 08012.003805/2004-10,⁸⁸ relativo ao programa Tô Contigo da Ambev.⁸⁹ Formalmente, tratava-se de programa pelo qual os participantes (em geral bares e restaurantes) acumulavam pontos de acordo com a quantidade de cerveja comprada, os quais poderiam ser trocados por prêmios (equivalentes a descontos), não havendo exigência de contrapartidas para participar. As evidências colhidas no curso da instrução comprovaram, porém, uma exigência não sistemática de exclusividade vendas, ou de que no mínimo 90% das vendas fossem de produtos da Ambev.⁹⁰ Como, por causa do poder de mercado da Ambev, os estabelecimentos não poderiam deixar de oferecer

⁸⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.007423/2006-27*. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em: 16 out. 2018. Brasília, 2018. doc. 0538246.

⁸⁷ Havendo diversos concorrentes fortes, dificilmente o uso de exclusividade por um acarretará fechamento de mercado em relação aos demais – o uso de exclusividade por uma parcela elevada dos concorrentes, porém, poderá levar ao fechamento de mercado para potenciais entrantes (UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on Vertical Restraints*. 2010. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0519\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0519(04)&from=EN). Acesso em: 18 mar. 2021). Além de aumentar as barreiras à entrada, a prática difundida de exclusividade por diversos concorrentes possibilita preços mais altos ao consumidor, por dificultar que ele compare os preços de diferentes marcas na mesma loja, e os preços da mesma marca em lojas diversas (STEINER, Robert L. The nature of vertical restraints. *The Antitrust Bulletin*, [s.l.], n. 143, p. 153-197, 1985. p. 183).

⁸⁸ O mercado relevante a montante foi definido como o de cerveja no âmbito regional, e o a jusante (alvo das práticas verticais), como os canais bar e tradicional, em âmbito local; para competir nesse mercado, a empresa tem que fixar a marca e disponibilizar os produtos aos consumidores, e a presença nos pontos de venda em que se consome no local é importante para a formação da marca (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003805/2004-10*. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, julgado em: 22 jul. 2009. Brasília, 2009. fl. 4889, 4895).

⁸⁹ Anos antes, quando o CADE, no exercício do controle de estruturas, avaliou o ato de concentração que formou a Ambev, houve aprovação com restrições, sendo uma delas a de que Ambev não poderia ter nos seus contratos com revendedores cláusulas de exclusividade de vendas, exceto se tivesse feito investimentos no estabelecimento equivalentes a participação preponderante e ele concordasse com a exclusividade (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Ato de concentração n. 08012.005846/99-12*. Relatora: Conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva, julgado em: 30 mar. 2000. Brasília, 2000a. fl. 5875). Isso pode explicar por que ela evitou contratar expressamente exclusividade de vendas.

⁹⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003805/2004-10*. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, julgado em: 22 jul. 2009. Brasília, 2009. fl. 4889.

seus produtos,⁹¹ ela conseguiu, através do programa, induzi-los a não oferecerem outras marcas, criando incentivos para que concentrassem toda a sua demanda nos seus rótulos, o que resultava no fechamento de canais de distribuição, na construção de barreiras à entrada e na elevação artificial dos custos dos concorrentes.^{92,93} Dessa forma, o CADE considerou configurada infração à ordem econômica.⁹⁴

Por fim, é de bom alvitre rememorar que nem sempre a exclusividade de vendas será anticompetitiva. Seria irrazoável vedar de modo irrestrito o seu uso, uma vez que há eficiências que podem estar a ela relacionadas (a redução do risco de *free riding*,⁹⁵ por exemplo), de modo que a prática estimula a empresa a realizar investimentos no ponto de venda, que podem se reverter em benefícios para os consumidores.⁹⁶

⁹¹ O potencial de haver fechamento de mercado decorrente da estratégia de exclusividade de vendas de um único fornecedor é maior na situação em que os concorrentes não conseguem competir pela totalidade da demanda de um cliente específico, porque este não pode deixar de estocar os produtos do fornecedor em questão, que são da preferência da maioria dos consumidores finais (UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on Vertical Restraints*. 2010. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0519\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0519(04)&from=EN). Acesso em: 18 mar. 2021).

⁹² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003805/2004-10*. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, julgado em: 22 jul. 2009. Brasília, 2009. fl. 4968.

⁹³ Isso poderia levar ao aumento dos preços para o consumidor final ou à saída de um concorrente igualmente eficiente do mercado (Ibidem, fl. 4966).

⁹⁴ A Ambev foi condenada com base no art. 21, incisos IV, V e VI, c/c o art. 20, incisos I e IV da Lei 8.884/94. Foram determinadas medidas para garantir a cessação da conduta e multa (Ibidem, fl. 4889-4890). O método adotado pelo CADE, de analisar se o programa acarreta um fechamento de mercado, sem considerar a relação entre o desconto a que equivalem os prêmios e o custo de produção do produto, condiz com o preconizado por Moore e Wright no sentido de que a análise anticoncorrencial de casos envolvendo descontos deve partir da alegação do demandante – se este alega que a prática acarreta fechamento de mercado, a análise deve proceder sob a ótica da exclusão de concorrentes, e não sob a da prática de preços predatórios. O método usado em situações de exclusividade de vendas é mais coerente com a lógica econômica dos descontos condicionados do que a análise da relação entre preço de venda e custo de produção, feita em casos de preços predatórios; condicionando os descontos à exclusividade, é possível acarretar a exclusão de concorrentes sem praticar preços abaixo dos custos de produção. MOORE, Derek W.; WRIGHT, Joshua D. Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, n. 5, p. 1205-1246, 2015. p. 1209, 1217, 1219.

⁹⁵ O *free riding* (efeito carona) ocorre quando um agente econômico se aproveita de externalidades positivas de ações de outro sem participar nos custos correspondentes (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. As estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002a. p. 248-249).

⁹⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Requerimento de TCC n. 08700.004578/2015-44*. Presidiu a Conselheira Ana Frazão, julgado em: 10 jun. 2015. Brasília, 2015. doc. 0070104.

Deve-se analisar, porém, se não haveria outras soluções mais eficientes para o caso concreto.^{97,98} Ademais, uma estratégia generalizada de exclusividade por parte de uma empresa com alto poder de mercado tende a acarretar redução do nível de concorrência, o que pode impedir que sejam repassadas ao consumidor eventuais eficiências.⁹⁹

A medição do potencial anticompetitivos em casos envolvendo exclusividade deve considerar, primeiramente, a capacidade da empresa de tornar uma parcela significativa dos pontos de venda exclusivos,¹⁰⁰ ou seja, de fechar o mercado sob a ótica do acesso dos concorrentes ao mercado consumidor (*consumer foreclosure*).¹⁰¹ Essa capacidade depende das barreiras à entrada existentes e da situação financeira e participação de mercado da empresa.¹⁰² Assim, se uma empresa não tem poder de mercado suficiente para afetar a livre concorrência,¹⁰³ mesmo cláusulas de exclusividade de vendas expressas nos seus contratos não serão consideradas prejudiciais à concorrência; foi essa a situação da Nestlé, no caso supra analisado.

⁹⁷ STEINER, Robert L. The nature of vertical restraints. *The Antitrust Bulletin*, [s.l.], n. 143, p. 153-197, 1985. p. 187-189.

⁹⁸ É preciso que as restrições sejam indispensáveis à obtenção das eficiências, e parte substancial destas deve ser repassada aos consumidores finais (UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on Vertical Restraints*. 2010. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0519\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0519(04)&from=EN). Acesso em: 18 mar. 2021).

⁹⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Requerimento de TCC n.08700.004578/2015-44*. Presidiu a Conselheira Ana Frazão, julgado em: 10 jun. 2015. Brasília, 2015. doc. 0070104.

¹⁰⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003921/2005-10*. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em: 21 jun. 2006. Brasília, 2006. fl. 4616.

¹⁰¹ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 119.

¹⁰² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003921/2005-10*. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em: 21 jun. 2006. Brasília, 2006. fl. 4616.

¹⁰³ Se a empresa não tem poder de mercado, ela pode tentar aumentar seus lucros através da otimização de seus processos de produção e de distribuição, com ou sem o uso de restrições verticais, e isso não acarretará preocupações concorrenciais (UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on Vertical Restraints*. 2010. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0519\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0519(04)&from=EN). Acesso em: 18 mar. 2021), porque a tendência será o revendedor se voltar para concorrentes ao invés de aceitar restrições à sua livre iniciativa (DUNS, John. *Vertical conduct: Non-price restraints*. In: DUNS, John; DUKE, Arlen; SWEENEY, Brendan. *Comparative Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 227-228).

Em segundo lugar, é preciso que haja o fechamento de uma parcela significativa dos pontos de venda e que abrir novos envolva custos relevantes.^{104,105} Deve ser avaliada, em terceiro lugar, a extensão temporal da exclusividade de vendas¹⁰⁶ – quanto maior a duração da prática, mais significativo tende a ser o fechamento do mercado.^{107,108} Por fim, deve ser aferido se eventuais efeitos positivos resultantes da prática são menores que os potenciais efeitos anticompetitivos.^{109,110}

2. Cláusulas de raio em shopping centers

A segunda restrição vertical a ser analisada é a cláusula de raio, tipo específico de exclusividade territorial através do qual “o locatário de um espaço comercial se obriga, perante o locador, a não exercer atividade similar à praticada no imóvel objeto da locação em outro estabelecimento situado a

¹⁰⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003921/2005-10*. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em: 21 jun. 2006. Brasília, 2006. fl. 4616-4618.

¹⁰⁵ Dessa forma, no TCC firmado com a Ambev, esta se comprometeu a limitar a quantidade de pontos de venda com cláusula de exclusividade tanto em termos de percentual do total de pontos de venda quanto em termos do percentual de volume de cerveja comercializado (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Requerimento de TCC n. 08700.004578/2015-44*. Presidiu a Conselheira Ana Frazão, julgado em: 10 jun. 2015. Brasília, 2015. doc. 0070104).

¹⁰⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003921/2005-10*. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em: 21 jun. 2006. Brasília, 2006. fl. 4616.

¹⁰⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on Vertical Restraints*. 2010. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0519\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0519(04)&from=EN). Acesso em: 18 mar. 2021.

¹⁰⁸ Se a restrição perdurar por um curto período, outros fornecedores poderão competir pelo cliente quanto findo o prazo (DUNS, John. *Vertical conduct: Non-price restraints*. In: DUNS, John; DUKE, Arlen; SWEENEY, Brendan. *Comparative Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 219-244. p. 228).

¹⁰⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003921/2005-10*. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em: 21 jun. 2006. Brasília, 2006. fl. 4616.

¹¹⁰ Dessa forma, no PA 08012.007423/2006-27 o CADE entendeu que, embora a cláusula de exclusividade de uso dos freezers cedidos em comodato pudesse eventualmente implicar exclusividade de vendas de fato em estabelecimentos pequenos, o seu emprego não era anticoncorrencial, pois havia justificativas econômicas razoáveis para o seu uso. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.007423/2006-27*. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em: 16 out. 2018. Brasília, 2018. doc. 0538246.

um determinado raio de distância daquele imóvel”;¹¹¹ restringindo-se o foco ao uso de tal restrição por parte de *shopping centers*.

Nos processos administrativos analisados,¹¹² foi reiteradamente levantado pelas representadas o argumento de que o CADE não poderia intervir nos contratos privados, por afronta à liberdade contratual. Dentre os contra-argumentos invocados pelos conselheiros, destaca-se, primeiramente, o de que a tendência é os contratos de locação dos lojistas seguirem modelos pré-estabelecidos pelos locadores, não havendo negociação efetiva entre as partes, especialmente em se tratando das lojas com menos poder de barganha.¹¹³ Desse modo, a cláusula restritiva não seria expressão da liberdade contratual do lojista, mas sim uma limitação à sua liberdade de iniciativa a ele imposta; ainda que a restrição fosse livremente negociada entre as partes, estaria ela sujeita ao controle pelo CADE.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *REsp 1535727/RS*. Quarta Turma. Relator: ministro Marco Buzzi, julgado em 10 maio 2016, DJ 20 jun. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501306323&dt_publicacao=20/06/2016. Acesso em: 02 fev. 2021.

¹¹² As cláusulas de raio objeto dos processos administrativos analisados variavam entre si quanto ao raio, quanto ao objeto da restrição, e quanto a sobre quem recaiam as restrições; todas perduravam enquanto perdurasse a locação. Foram condenados por infração à ordem econômica com fundamento no art. 20, I, e art. 21, IV e V, da Lei 8.884/94 (ou nos dispositivos equivalentes da Lei 12.529/11), sendo determinadas medidas para garantir a cessação da prática e pagamento de multa, os *shoppings* Bourbon Assis Brasil, Bourbon Ipiranga, Bourbon Country, Iguatemi Porto Alegre, Praia de Belas, Moinhos e Rua da Praia, no PA 08012.012740/2007-46 (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.012740/2007-46*. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em: 31 ago. 2016. Brasília, 2016a. doc. 0214264); Center Norte, no PA 08012.002841/2001-13 (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.002841/2001-13*. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em: 19 jan. 2005. Brasília, 2005. doc. 0355099); e Iguatemi São Paulo, no PA 08012.006636/1997-43 (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.006636/1997-43*. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em: 04 set. 2007. Brasília, 2007. fl. 3195). Houve prescrição intercorrente em relação ao PA 08012.012081/2007-48 (*shoppings* Eldorado, Morumbi, Jardim Sul, Villa-Lobos e Higienópolis), instaurado em razão do acórdão referente ao Iguatemi São Paulo, que o condenou e determinou que fosse investigada a legalidade das cláusulas de raio nos contratos dos demais *shopping centers* integrantes do mesmo mercado (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.012081/2007-48*. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em: 11 nov. 2015. Brasília, 2015. doc. 0131043). O Jardim Sul havia já, no Requerimento de TCC 08700.003933/2009-10, celebrado TCC se comprometendo a pagar contribuição pecuniária voluntária (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Requerimento de TCC n. 08700.003933/2009-10*. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em: 01 set. 2010. Brasília, 2010. fl. 32). Também o North Shopping pagou contribuição voluntária, no Requerimento de TCC 08700.003364/2016-31 (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Requerimento de TCC n. 08700.003364/2016-31*. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em: 22 jun. 2016. Brasília, 2016b. doc. 0216541).

¹¹³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.012740/2007-46*. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em: 31 ago. 2016. Brasília, 2016a. doc. 0212797.

Na linha do que foi dito na primeira parte do estudo, pode-se apreender que a intervenção judicial e administrativa nos contratos de *shopping centers* com lojistas, para preservar a livre concorrência, é constitucionalmente legítima, uma vez que a defesa da concorrência é um princípio conformador da ordem econômica, devendo o seu equilíbrio com a autonomia privada ser feito caso a caso – isso significa que a cláusula estar inserta em um contrato livremente pactuado não implica em que a sua análise constitua indevida intervenção estatal.¹¹⁴

Ademais, as premissas da autonomia privada, que fundamentam a liberdade contratual, e que os representados invocam para afastar o controle dos seus contratos, ignoram questões de ordem econômica e social – ignoram que a concorrência beneficia todos, e a tutela concorrencial defende direitos difusos, se distinguindo da tutela contratual, a qual se atém a aspectos meramente privados.¹¹⁵ Outrossim, em se tratando de uma obrigação contratual sem limite temporal, ela deixa de ser apenas um ajuste entre as partes, tornando-se uma estrutura de mercado dada, ou seja, uma regulação privada do mercado por parte dos *shoppings centers*, que limitam indefinidamente a livre iniciativa dos lojistas.¹¹⁶

Trazidos esses argumentos acerca da liberdade contratual, os quais demonstram a coerência da posição do CADE com as considerações realizadas na primeira parte do estudo, cumpre destacar uma peculiaridade do mercado de *shopping centers*, que o CADE¹¹⁷ leva em consideração na sua análise, inclusive ao restringir o mercado relevante ao de *shopping centers* de mesmo patamar, excluindo o “comércio de rua”: trata-se de mercado de

¹¹⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.009991/1998-82*. Relator: Conselheiro Roberto Pfeiffer, julgado em: 03 mar. 2004. Brasília, 2004. fl. 2052-2053.

¹¹⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.002841/2001-13*. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em: 19 jan. 2005. Brasília, 2005. fl. 920.

¹¹⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.012740/2007-46*. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em: 31 ago. 2016. Brasília, 2016a. doc. 0212797.

¹¹⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.009991/1998-82*. Relator: Conselheiro Roberto Pfeiffer, julgado em: 03 mar. 2004. Brasília, 2004. fl. 2024, 2027.

dois lados (*two-sided market*).^{118,119} Há, portanto, uma plataforma (o *shopping center*) que intermedia dois grupos que precisam um do outro (consumidores finais e lojistas), facilitando as interações entre eles e provendo um local de encontro, de modo a diminuir os custos de transação e evitar externalidades.¹²⁰ Isso afeta a análise anticoncorrencial porque dificulta a identificação do mercado relevante e o aferimento de poder de mercado,¹²¹ uma vez que há duas classes de clientes interdependentes,¹²² e considerar apenas um lado resultará

¹¹⁸ BRÜHN, Tim; GÖTZ, Georg. Exclusionary practices in two sided markets: The effect of radius clauses on competition between shopping centers. *Managerial and Decision Economics*, [s.l.], v. 39, n. 5, p. 577-590, 2018. p. 579-580.

¹¹⁹ Há diversos outros exemplos de plataformas de dois lados, em especial no mercado digital, cujo alto dinamismo cria desafios ainda maiores para a sua análise anticoncorrencial (MACEDO, Alexandre Cordeiro. Vertical Restraints in Digital Markets: The Google Case in Brazil. In: EVANS, David S.; FELLS, Allan; TUCKER, Catherine. *The Evolution of Antitrust in the Digital Era: Essays on Competition Policy*. V. 2. Boston: Competition Policy International, 2021. p. 190). As considerações trazidas na parte anterior do trabalho quanto à possibilidade de uso não se restringem à exclusividade de vendas de produtos em estabelecimentos comerciais, sendo extensíveis a situações de exclusividade contratualmente prevista envolvendo plataformas de dois lados. Assim, por exemplo, vislumbra-se que no Procedimento Preparatório 08700.004588/2020-47 (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Procedimento Preparatório n. 08700.004588/2020-47*. Decisão pela instauração de inquérito administrativo em 10 mar. 2021. Brasília, 2021), referente ao iFood, em que se trata de cláusulas de exclusividade pelas quais os restaurantes se obrigam a não participarem de outras plataformas de *delivery*, a decisão do CADE será pela caracterização de infração à ordem econômica, e que haja, no futuro, uma limitação da quantidade de restaurantes com exclusividade, tanto em termos de percentual do número total de restaurantes na plataforma, quanto em termos de percentual do faturamento do aplicativo que tais restaurantes representam, na linha da argumentação trazida por Ana Frazão quando da aprovação do TCC proposto pela Ambev.

¹²⁰ EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms. *CPI Journal, Competition Policy International*, [s.l.], v. 3, p. 150-179, 2007. p. 152-154.

¹²¹ O CADE percebe essa questão e considera que, no contexto das cláusulas de raio, diferentemente das situações de exclusividade de vendas anteriormente analisadas, qualquer shopping center, mesmo que detentor de uma participação de mercado menor, consegue fechar o mercado em que ele atua, devido à sua posição de barganha diferenciada em relação aos lojistas, que permite que imponha cláusulas verticais restritivas (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.012740/2007-46*. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em: 31 ago. 2016. Brasília, 2016a. doc. 0212797). Essa posição adotada pelo CADE condiz com as críticas de Brühn e Götz ao fato de que a União Europeia não submete à análise antitruste certas restrições verticais quando a participação de mercado da empresa está aquém de um mínimo (BRÜHN, Tim; GÖTZ, Georg. Exclusionary practices in two sided markets: The effect of radius clauses on competition between shopping centers. *Managerial and Decision Economics*, [s.l.], v. 39, n. 5, p. 577-590, 2018. p. 37-38).

¹²² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Roundtable on Two-Sided Markets: Note by the Delegation of the European Commission*, DAF/COMP/WD(2009)69. 2009. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2009_jun_twosided.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021. p. 4, 14.

em uma imagem distorcida da atividade econômica da plataforma.^{123,124} Se há diversos provedores de um mesmo tipo de plataforma, clientes de cada lado podem optar por participar de diversas (*multi-homing*) ou de apenas uma (*single-homing*).¹²⁵ Havendo *multi-homing*, a plataforma eventualmente negociará exclusividade.¹²⁶

A cláusula de raio tem a especificidade de ser uma exclusividade espacialmente limitada, e pode acarretar fechamento de mercado em dois âmbitos: no dos lojistas e no dos *shopping centers*. Havendo cláusula de raio, os locatários têm a sua livre iniciativa cerceada, ao ficarem impedidos de expandirem seus negócios e de majorarem seus faturamentos.¹²⁷ A preocupação do locador está centrada na performance do locatário no seu *shopping center*. É claro que, como a capacidade do *shopping center* de impor uma cláusula de raio depende dos poderes de barganha relativos dele e do lojista,¹²⁸ a restrição dificilmente se estenderá à totalidade dos lojistas.

¹²³ EVANS, David S., Competition and Regulatory Policy for Multi-Sided Platforms with Applications to the Web Economy. *Concurrences*, [s.l.], n. 2, p. 57-62, 2008. p. 8.

¹²⁴ É comum, dessa forma, que os preços cobrados de cada lado não reflitam os custos gerados por cada lado, pois a plataforma pode precisar atrair mais membros de um dos grupos (EVANS, David S.; SCHMALLENSEE, Richard. Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms. *CPI Journal, Competition Policy International*, [s.l.], v. 3, p. 150-179, 2007. p. 9). No caso dos *shopping centers*, o lado beneficiado é o dos consumidores (ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform Competition in Two-Sided Markets. *Journal of the European Economic Association*, [s.l.], v. 1, n. 4, p. 990-1029, 2003. p. 991-992).

¹²⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Roundtable on Two-Sided Markets: Note by the Delegation of the European Commission*, DAF/COMP/WD(2009)69. Paris, 2009. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2009_jun_twosided.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021. p. 10.

¹²⁶ A negociação pode não ser custosa para a plataforma, porque a exclusividade pode ajudar a atrair agentes do outro grupo, o que por sua vez reforça a decisão do agente do primeiro grupo de se submeter à exclusividade (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Roundtable on Two-Sided Markets: Note by the Delegation of the European Commission*, DAF/COMP/WD(2009)69. Paris, 2009. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2009_jun_twosided.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021. p. 17).

¹²⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.002841/2001-13*. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em: 19 jan. 2005. Brasília, 2005. fl. 944.

¹²⁸ ECKERT, Andrew; WEST, Douglas West. Radius Restrictions on Retail Chains and the Similarity of Neighboring Shopping Centers. *International Journal of the Economics of Business*, [s.l.], v. 15, n. 3, p. 281-300, 2008. p. 297.

Quanto aos *shoppings concorrentes*, há *input foreclosure* (fechamento de mercado sob a ótica do acesso a insumos).¹²⁹ O padrão de concorrência no mercado de *shopping centers* se baseia na diferenciação de produtos, e o *tenant mix* (conjunto de lojas) é o mais importante instrumento de diferenciação vertical.¹³⁰ Através do uso de cláusulas de raio, o locador pode unilateralmente criar uma escassez artificial de um insumo importante para a entrada no mercado,¹³¹ bem como a diminuir o acesso de concorrentes a lojas de alta qualidade, prejudicando sua capacidade de atrair consumidores.¹³² Isso pode acabar inviabilizando um novo empreendimento, especialmente quando se considera não o efeito da cláusula de raio de um *shopping center* específico, mas das de todos aqueles que usam a restrição.¹³³

Em mais de um dos processos analisados,¹³⁴ foi levantado como justificativa para o emprego da cláusula de raio o argumento de que ela evita o *free riding* do locatário, o qual poderia instalar outra loja em local próximo e desviar para ela clientela da loja instalada no *shopping center*. O CADE¹³⁵ entendeu, porém, que não seria racional que o lojista se expandisse de modo a reduzir o seu próprio faturamento, e que, ainda que ele o fizesse, há outros

¹²⁹ “o fechamento não implica que os rivais sejam necessariamente obrigados a sair do mercado, mas sim que a eles sejam impostas condições de desvantagem – aumentos abusivos dos custos dos insumos – que os impeçam de competir como o faziam antes da operação”. (FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 119).

¹³⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.002841/2001-13*. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em: 19 jan. 2005. Brasília, 2005. fl. 940.

¹³¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.012740/2007-46*. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em: 31 ago. 2016. Brasília, 2016a. doc. 0212797.

¹³² ECKERT, Andrew; WEST, Douglas West. Radius Restrictions on Retail Chains and the Similarity of Neighboring Shopping Centers. *International Journal of the Economics of Business*, [s.l.], v. 15, n. 3, p. 281-300, 2008. p. 297.

¹³³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.012740/2007-46*. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em: 31 ago. 2016. Brasília, 2016a. doc. 0212797.

¹³⁴ Vide, por exemplo, CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.012740/2007-46*. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em: 31 ago. 2016. Brasília, 2016a. doc. 0212797, ou CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.006636/1997-43*. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em: 04 set. 2007. Brasília, 2007. fl. 2753.

¹³⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.002841/2001-13*. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em: 19 jan. 2005. Brasília, 2005. fl. 931.

instrumentos pelos quais as administradoras de *shopping center* podem se prevenir quanto à queda do faturamento de uma loja.¹³⁶

Quanto ao possível comportamento oportunista por parte de concorrentes, a posição do CADE¹³⁷ é de que ele não é possível: observar, avaliar e eventualmente adotar em benefício próprio práticas de concorrentes é inerente à competição por diferenciação de produtos, não podendo configurar *free riding* – tentar coibir esse processo pró-competitivo com cláusulas de raio significa “substituir a competição pela restrição aos concorrentes”, o que, ainda que seja privadamente eficaz, não apresenta, em regra, eficiências sociais.¹³⁸

Ademais, ainda que seja considerado legítimo o interesse do *shopping center*,¹³⁹ para que a cláusula de raio não seja anticompetitiva ela precisa ter limites razoáveis,¹⁴⁰ de modo a não suprimir por completo a liberdade individual do lojista,¹⁴¹ e não pode haver um outro meio menos restritivo

¹³⁶ Teoricamente, o locador estabelece o aluguel mínimo para assegurar um retorno suficiente para cobrir os custos fixos e garantir o retorno do investimento inicial em um determinado prazo (STEELE, Elizabeth. The Shopping Center Radius Clause: Candidate for Antitrust. *Southwestern Law Journal*, [s.l.], v. 32, n. 3, p. 825-858, 1978. p. 854). Quanto à parcela variável do aluguel, também há outros mecanismos contratuais para assegurá-la (auditoria das contas dos lojistas e multas em caso de descumprimento, por exemplo) (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.012740/2007-46*. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em: 31 ago. 2016. Brasília, 2016a. doc. 0212797).

¹³⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.006636/1997-43*. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em: 04 set. 2007. Brasília, 2007. fl. 2757-2758.

¹³⁸ “Tachar a livre concorrência de ‘eventual deslocamento de vendas’ não basta para que a autoridade antitruste se abstenha de coibir as práticas tendentes a gerar ineficiências sociais líquidas em prol de possíveis eficiências privadas”. (Ibidem, fl. 2758).

¹³⁹ Esse interesse legítimo pode ser prevenir *free riding* dos lojistas, que poderiam se aproveitar da infraestrutura do *shopping center* ao se instalar em local próximo. Ademais, pode ser razoável a imposição de exclusividade por um período inicial após a inauguração do empreendimento, para garantir o retorno do investimento inicial e a fixação da imagem da marca, ou após a entrada da loja no *shopping center*, em especial se este investiu em uma marca ainda não tão conhecida, de modo a aumentar a visibilidade dela (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.002841/2001-13*. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em: 19 jan. 2005. Brasília, 2005. fl. 925-926).

¹⁴⁰ Indicativos de que o locador procurou adequar a cláusula à região e a cada locatário reforçarão sua alegação quanto à razoabilidade da restrição (STEELE, Elizabeth. The Shopping Center Radius Clause: Candidate for Antitrust. *Southwestern Law Journal*, [s.l.], v. 32, n. 3, p. 825-858, 1978. p. 857). Em nenhum dos processos administrativos analisados ficou evidente uma efetiva negociação dos parâmetros das cláusulas com os locatários.

¹⁴¹ LEÃES, Luis Gastão de Barros. Shopping Centers: convenção impiedente de novo estabelecimento. *Revista de Direito Imobiliário*, [s.l.], v. 38, p. 7-17, 1996.

que assegure o mesmo nível de proteção desse interesse.¹⁴² Assim, serão harmonizadas a livre concorrência, a livre iniciativa e a liberdade contratual. Nessa perspectiva, ao firmar TCC com o North Shopping Fortaleza, o CADE permitiu o uso de cláusula de raio, devidamente limitada em relação à duração, à abrangência geográfica e ao objeto.¹⁴³

Primeiramente, se a cláusula é empregada para proteger investimentos, estes devem ser devidamente demonstrados, e a restrição não deve perdurar mais do que o tempo necessário para garantir o seu retorno.¹⁴⁴ Ademais, a extensão do raio deve ser limitada à necessária para proteger o *shopping center* contra condutas oportunistas e para assegurar o retorno do investimento, não podendo a limitação à concorrência alcançar a totalidade do mercado relevante.¹⁴⁵ A restrição não pode, ainda, estender-se a todos os empreendimentos comerciais do lojista, devendo se limitar àqueles de igual marca e ramo de atividade.¹⁴⁶

Cumprido destacar, por fim, que, antes de proferida a decisão do CADE referente ao PA 08012.012740/2007-46, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no recurso especial 1535727/RS, manifestou-se sobre o emprego de cláusulas de raio pelo Iguatemi Porto Alegre, decidindo pela legalidade da prática, o que enseja críticas. Isso porque descuidou-se o STJ, ao afirmar que a livre

¹⁴² STEELE, Elizabeth. The Shopping Center Radius Clause: Candidate for Antitrust. *Southwestern Law Journal*, [s.l.], v. 32, n. 3, p. 825-858, 1978. p. 852.

¹⁴³ A cláusula de raio em questão previa que o locatário ficava impedido, salvo autorização, de inaugurar estabelecimento dedicado ao mesmo ramo de atividade e mesma marca num raio de 2 quilômetros, pelo prazo de 5 anos, contados da assinatura do contrato de locação; a obrigação se estendida aos locatários, seus controladores, e a outras empresas por eles controladas (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Requerimento de TCC n. 08700.003364/2016-31*. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em: 22 jun. 2016. Brasília, 2016b. doc. 0214685).

¹⁴⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.006636/1997-43*. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em: 04 set. 2007. Brasília, 2007. fl. 2761.

¹⁴⁵ Ademais, como, para que seja possível uma loja de rua se valer oportunisticamente da infraestrutura do *shopping center*, é necessário que o consumidor esteja disposto a sair deste e ir na loja de rua em questão, devem ser levados em consideração eventuais obstáculos físicos existentes no caminho, e não apenas a distância. No caso do shopping Center Norte, por exemplo, o raio cruzava o rio Tietê, além de abranger o único concorrente, de modo que o CADE considerou sua extensão irrazoável. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.002841/2001-13*. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em: 19 jan. 2005. Brasília, 2005. fl. 928-929.

¹⁴⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Requerimento de TCC n. 08700.003364/2016-31*. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em: 22 jun. 2016. Brasília, 2016b. doc. 0214685.

concorrência justifica o afastamento do controle judicial,¹⁴⁷ de que, no caso, é ela o principal fundamento para a intervenção no contrato.

O ministro relator destacou que o CADE tem a atribuição específica de proteger a concorrência e a livre iniciativa, sendo ele o órgão mais adequado para afirmar se uma conduta enseja violação de garantias e princípios da ordem econômica¹⁴⁸ – todavia, o STJ não considerou os parâmetros estabelecidos na jurisprudência do CADE quanto aos limites necessários para que uma cláusula de raio não seja anticoncorrencial. No voto do ministro relator consta que a cláusula de raio não poderia ser declarada abusiva em abstrato, sem considerar os lojistas prejudicados;¹⁴⁹ isso não condiz com o método de análise do CADE, o qual, ao considerar as circunstâncias do caso, observa as circunstâncias do locador e do mercado em que ele se insere, e não as de cada locatário.

Além disso, a cláusula empregada pelo Iguatemi não tinha limitação temporal, de modo que sua abusividade poderia ser aferida em abstrato,¹⁵⁰ pois uma limitação contratual à livre iniciativa não pode ser eterna, sob pena de consubstanciar renúncia abdicativa do direito irrenunciável de exercer

¹⁴⁷ No acórdão, foi destacado que o controle judicial sobre contratos empresariais é restrito, por conta da autonomia privada, da prevalência da livre iniciativa, da função social da empresa, do *pacta sunt servanda* e da livre concorrência (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *REsp 1535727/RS*. Quarta Turma. Relator: ministro Marco Buzzi, julgado em 10 maio 2016, DJe 20 jun. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501306323&dt_publicacao=20/06/2016. Acesso em: 02 fev. 2021. doc. 60967866, p. 2). Ademais, a informação, trazida pelo ministro relator (Ibidem, doc. 57597605, p. 25), de que ninguém se insurgira contra o uso de cláusulas de raio pelo Iguatemi era incorreta; o PA 08012.012740/2007-46 fora instaurado em 2008, embora seu julgamento viesse a ocorrer apenas em agosto de 2016 (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.012740/2007-46*. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em: 31 ago. 2016. Brasília, 2016a. doc. 0237949).

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *REsp 1535727/RS*. Quarta Turma. Relator: ministro Marco Buzzi, julgado em 10 mai. 2016, DJ 20 jun. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501306323&dt_publicacao=20/06/2016. Acesso em: 02 fev. 2021. doc. 57597605, p. 25-26.

¹⁴⁹ Consta no voto do relator que somente o lojista que se considerasse prejudicado pela cláusula teria o direito de buscar a revisão, sendo inviável a caracterização em abstrato da abusividade com base em um “alegado abuso de posição dominante para prejudicar concorrência potencial”, e “imprescindível a análise da alegada abusividade considerado um específico e pontual caso concreto”; no caso, o sindicato dos lojistas do comércio de Porto Alegre buscava a remoção da cláusula de raio das normas gerais do Iguatemi (Ibidem, doc. 60967866, p. 2; doc. 57597605, p. 21). Dessa forma, apesar de afirmar que “as cláusulas de raio não podem ser reputadas abusivas sem uma análise, caso a caso, da racionalidade subjacente à imposição da restrição e dos limites precisos que deveriam ser observados, tendo em vista a observância dos princípios da liberdade de contratação e da livre concorrência, ambos necessários à própria viabilização do empreendimento”. (Ibidem, doc. 57597605, p. 22), o ministro relator se evade de realizar essa análise.

¹⁵⁰ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Considerações sobre a cláusula de raio no direito brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 182-213, jul. 2017. p. 204.

livremente qualquer atividade econômica.¹⁵¹ O STJ, apesar de ter entendido pela legalidade da prática, deixou em aberto para que o entendimento do CADE fosse diverso – e a decisão do CADE foi pela configuração de infração à ordem econômica.¹⁵²

IV. Considerações finais

Para sua concreção, a livre iniciativa requer indivíduos que sejam livres para exercer, nos limites da lei, qualquer atividade econômica, de modo que não pode a liberdade de iniciativa prescindir da intervenção estatal quando malferida pela prática de terceiros. Nessa medida, a defesa da concorrência materializa-se como mecanismo hábil para assegurar a livre iniciativa e conter eventuais abusos do poder econômico.¹⁵³ Ademais, a livre concorrência é frequentemente invocada para defender a manutenção de contratos, mas um dos momentos em que esse princípio encontra maior detalhamento e expressão é justamente quando ele colide com a liberdade contratual, levando à limitação desta.

Nesses pontos de colisão, é preciso harmonizar os princípios, de modo que não se pode permitir que no exercício da liberdade contratual a livre iniciativa de um sujeito seja completamente suprimida, e nem que a livre concorrência no mercado reste prejudicada em prol de condutas que não resultam em eficiências econômicas benéficas para a sociedade.

Nessa perspectiva, é comum que o CADE, órgão responsável pela proteção da livre concorrência, intervenha na existência e conteúdo de contratos privados, tanto no âmbito do controle de estruturas – quando, ao avaliar atos de concentração, impossibilita contratações, ou as aprova com restrições relativas ao contrato entre os envolvidos, ou ainda a futuros contratos entre o ente resultante da concentração e outros agentes –, quanto no âmbito do controle de condutas – intervindo em contratos privados que operam como ferramentas para o cometimento de infrações à ordem econômica, tal como é o caso da situação em que são excessivos os limites convencionais à concorrência, ilustrada, por exemplo, pelos pactos de exclusividade trazidos na

¹⁵¹ LEÃES, Luis Gastão de Barros. Shopping Centers: convenção impediante de novo estabelecimento. *Revista de Direito Imobiliário*, [s.l.], v. 38, p. 7-17, 1996.

¹⁵² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.012740/2007-46*. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em: 31 ago. 2016. Brasília, 2016a. doc. 0214264.

¹⁵³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003303/98-25*. Relator: Conselheiro Mércio Felsky, julgado em: 13 set. 2000. Brasília, 2000b.

segunda parte do trabalho. Tratam-se, estes, de restrições que, a depender do caso concreto, podem ser consideradas anticoncorrenciais, ou não, a depender das eficiências econômicas geradas e dos possíveis efeitos anticoncorrenciais que delas emanam.

Dessa forma, na medida em que a liberdade contratual impacte negativamente na ordem econômica, a malferir a mecânica de competição do mercado e, conseqüentemente, o bem-estar dos consumidores, o Direito da Concorrência atuará no sentido de limitar a liberdade contratual, para harmonizá-la com a livre concorrência.

Referências

AGHION, Philippe; BOLTON, Patrick. Contracts as a barrier to entry. *The American Economic Review*, [s.l.], v. 77, n. 3, p. 388-401, 1987.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso do Direito e Concorrência Desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Considerações sobre a cláusula de raio no direito brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 182-213, jul. 2017.

AMARAL, Francisco. O contrato e sua função institucional. *ABLJ*, [s.l.], n. 18, p. 105-119, 2000.

AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. *RIL*, Brasília, ano 26, n. 102, abr./jun. 1989.

ASCARELLI, Tulio. *Teoria della Concorrenza e Dei Beni Immateriali*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: DI FRANCESCO, José Roberto P. *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BECKER, Bruno Bastos; MATTIUZZO, Marcela. Plataformas digitais e a superação do antitruste tradicional: mapeamento do debate atual. In: NETO, Caio Mário da Silva Pereira (org.). *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. São Paulo: FGV Direito, 2020. p. 40-83.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*. A policy at war with itself. New York: The Free Press, 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *REsp 1.239.219/RS*. Quarta Turma. Relator: ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 8 maio 2008, DJe 14 maio 2008. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800189188&dt_publicacao=14/05/2018. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *REsp 1535727/RS*. Quarta Turma. Relator: ministro Marco Buzzi, julgado em 10 maio 2016, DJe 20 jun. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501306323&dt_publicacao=20/06/2016. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *AI 636883 AgR*. Primeira Turma. Relatora: ministra Cármen Lúcia, julgado em 08 fev. 2011, DJ 01 mar. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619813>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *RE 349686/PE*. Segunda Turma. Relatora: ministra Ellen Gracie, julgado em 14 jun. 2005, DJ 05 ago. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261185>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRÜHN, Tim; GÖTZ, Georg. Exclusionary practices in two sided markets: The effect of radius clauses on competition between shopping centers. *Managerial and Decision Economics*, [s.l.], v. 39, n. 5, p. 577-590, 2018.

CHRISTIANSEN, Arndt; KERBER, Wolfgang. Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of “Per Se Rules vs. Rule of Reason”. *Journal of Competition Law & Economics*, [s.l.], v. 2, n. 2, p. 215-244, 2006.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Ato de concentração n. 08012.005846/99-12*. Relatora: Conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva, julgado em: 30 mar. 2000. Brasília, 2000a.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003303/98-25*. Relator: Conselheiro Mércio Felsky, julgado em: 13 set. 2000. Brasília, 2000b.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Procedimento Preparatório n. 08700.004588/2020-47*. Decisão pela instauração de inquérito administrativo em 10 mar. 2021. Brasília, 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003805/2004-10*. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, julgado em: 22 jul. 2009. Brasília, 2009.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.003921/2005-10*. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em: 21 jun. 2006. Brasília, 2006.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.002841/2001-13*. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em: 19 jan. 2005. Brasília, 2005.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.006636/1997-43*. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em: 04 set. 2007. Brasília, 2007.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.007423/2006-27*. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em: 16 out. 2018. Brasília, 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.009991/1998-82*. Relator: Conselheiro Roberto Pfeiffer, julgado em: 03 mar. 2004. Brasília, 2004.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.012740/2007-46*. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em: 31 ago. 2016. Brasília, 2016a.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Requerimento de TCC n. 08700.003364/2016-31*. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em: 22 jun. 2016. Brasília, 2016b.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Processo Administrativo n. 08012.012081/2007-48*. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em: 11 nov. 2015. Brasília, 2015.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Requerimento de TCC n. 08700.003933/2009-10*. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em: 01 set. 2010. Brasília, 2010.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Requerimento de TCC n. 08700.004578/2015-44*. Presidiu a Conselheira Ana Frazão, julgado em: 10 jun. 2015. Brasília, 2015.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DUNS, John. Vertical conduct: Non-price restraints. In: DUNS, John; DUKE, Arlen; SWEENEY, Brendan. *Comparative Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 219-244.

ECKERT, Andrew; WEST, Douglas West. Radius Restrictions on Retail Chains and the Similarity of Neighboring Shopping Centers. *International Journal of the Economics of Business*, [s.l.], v. 15, n. 3, p. 281-300, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Presidente (1961 – 1963: John F. Kennedy). *Special message to congress on protecting consumer interest*. Washington, 15 mar. 1962. 18 f. Disponível em: <https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>. Acesso em: 25 mar. 2021.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms. *CPI Journal, Competition Policy International*, [s.l.], v. 3, p. 150-179, 2007.

EVANS, David S., Competition and Regulatory Policy for Multi-Sided Platforms with Applications to the Web Economy. *Concurrences*, [s.l.], n. 2, p. 57-62, 2008.

FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Giuffrè: Milano, 1959.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do Antitruste*. 10. ed. São Paulo: RT, 2018.

FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais*. Teoria geral e aplicação. 3. ed. São Paulo: RT, 2020.

FRANCESCHINI, Jose Inácio Gonzaga. *Ensaio Reunidos*. São Paulo: Singular, 2004.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo; CALCAGNO, Claudio. Exclusive Dealing. In: FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo; CALCAGNO, Claudio. *Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 239-349.

KLEIN, Vinicius. *A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação jurídica*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, UERJ, Rio de Janeiro, 2013.

LEÃES, Luis Gastão de Barros. Shopping Centers: convenção impeditiva de novo estabelecimento. *Revista de Direito Imobiliário*, [s.l.], v. 38, p. 7-17, 1996.

LENTZENER, Jay. The Antitrust Implications of Radius Clauses in Shopping Center Leases. *University of Detroit Journal of Urban Law*, [s.l.], v. 55, n. 1, p. 1-72, 1978.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. Vertical Restraints in Digital Markets: The Google Case in Brazil. In: EVANS, David S.; FELLS, Allan; TUCKER, Catherine. *The Evolution of Antitrust in the Digital Era: Essays on Competition Policy*. V. 2. Boston: Competition Policy International, 2021. p. 181-191.

MAZZUCATO, Paolo Zupo. *Lei Antitruste Sistematizada*. Jurisprudência na visão do CADE. São Paulo: RT, 2018.

MOORE, Derek W.; WRIGHT, Joshua D. Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, n. 5, p. 1205-1246, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. Cláusula de não concorrência e seus requisitos – prejudicialidade externa entre processos. *Soluções Práticas de Direito*, [s.l.], v. 7, p. 467-513, set. 2014.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Barriers to Entry*, DAF/COMP(2005)42. Paris, 2005. Disponível em: <https://www.oecd.org/fr/concurrence/abus/36997651.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Roundtable on Two-Sided Markets: Note by the Delegation of the European Commission*, DAF/COMP/WD(2009)69. Paris, 2009. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2009_jun_twosided.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

PETTER, Lafayette Josué. *Direito econômico*. 5. ed. atual. ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O Problema do Contrato*. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform Competition in Two-Sided Markets. *Journal of the European Economics Association*, [s.l.], v. 1, n. 4, p. 990-1029, 2003.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. As estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002a.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência*. Estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002b.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. As condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Concorrência e intervenção na economia*. *Folha de São Paulo*, São Paulo, abr. 2014. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/04/1438954-calixto-salomao-filho-concorrenca-e-intervencao-na-economia.shtml>. Acesso em: 01 mar. 2021.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 125.

STEELE, Elizabeth. The Shopping Center Radius Clause: Candidate for Antitrust. *Southwestern Law Journal*, [s.l.], v. 32, n. 3, p. 825-858, 1978.

STEINER, Robert L. The nature of vertical restraints. *The Antitrust Bulletin*, [s.l.], n. 143, p. 153-197, 1985.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on Vertical Restraints*. 2010. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0519\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010XC0519(04)&from=EN). Acesso em: 18 mar. 2021.

WERDEN, Gregory J. *The foundations of Antitrust*. North Carolina: Carolina Academic Press, 2020.

A construção jurisprudencial de um direito fundamental de proteção de dados: análise do *Volkzählungsurteil* e seus reflexos na ADI 6.387*

Lisiane Feiten Wingert Ody**

Anita Spies da Cunha***

Sumário: I. Introdução. II. A *Volkzählungsurteil* e o nascimento da autodeterminação informativa em 1983. III. O reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados na ADI 6387. IV. Conclusão.

I. Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), aprovada em 14 de agosto de 2018, entrou em vigor dia 18 de setembro de 2020, e, com ela, o Brasil ingressa no grupo de países que conta com norma geral e abrangente a propósito do tratamento de dados, inspirando-se no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD). Conforme prevê a LGPD, que se aplica tanto para entes públicos quanto privados, são fundamentos da proteção de dados, entre outros, a privacidade, a autodeterminação informativa e a intimidade. Assim, a lei expressa que a proteção de dados, no Brasil, tem como fundamento esses direitos de personalidade.

* Este texto foi originalmente publicado no volume 6 do periódico Teoria Jurídica Contemporânea, em 2021 (ISSN 2526-0464, ID: e44826 DOI: 10.21875/tjc.v6i0.44826).

** Lisiane Feiten Wingert Ody é doutora em Direito e mestre em Direito Privado. Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Membro-fundadora do CDEA e líder do Núcleo de Pesquisa em Direito Comparado e Internacional da UFRGS

*** Anita Spies da Cunha é mestrandia em Direito, vinculada ao Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA), junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2017). Vinculada ao núcleo de pesquisa de direito comparado e internacional. E-mail: anitadacunha@hotmail.com.

Ocorre que a LGPD, apesar de positivar direitos e deveres infraconstitucionais, que são importantes na defesa de indivíduos diante de empresas ou de atos executivos do próprio Estado, não é capaz de proteger esses titulares de dados em caso de inovações legislativas. Nesse contexto, consignou Laura Schertel Mendes que “a base legal para o tratamento de dados pessoais, exigido pela LGPD, somente passa a ser um meio para a limitação de abusos, caso a própria base legal fique sob o escrutínio de um direito fundamental à proteção de dados”.¹ A questão levantada pela autora em 2018 não era mero exercício de futurologia, mas antecipação de um problema relevantíssimo, como se percebeu em abril de 2020, em meio à pandemia de SARS-Cov-2, causado pelo Covid-19, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a manifestar-se quanto à constitucionalidade de Medida Provisória que tratava do tratamento de dados em massa pelo IBGE.

Trata-se da MP 954, editada em 17 de abril de 2020, que dispôs sobre o compartilhamento de dados – nomes, telefones e endereços de mais de 230 milhões de consumidores – entre as empresas de telecomunicações e o IBGE. Tais dados seriam necessários para que o IBGE pudesse realizar a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) contínua e que se constitui numa pesquisa estatística, antes era realizada presencialmente, por amostragem, em domicílios de todas as regiões do país. Devido à situação pandêmica, a pesquisa não poderia mais ser realizada com visitas domiciliares, razão pela qual o IBGE passaria a realizá-la por telefone.

É importante destacar que, no momento da edição da Medida Provisória (MP) e do ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) que a atacaram, a LGPD nem sequer estava em vigor. Isso não foi óbice – ao contrário, foi um dos fundamentos – para que o STF suspendesse cautelarmente a eficácia da MP, que não foi convertida em lei no prazo pelo Congresso Nacional, perdendo vigência e causando a extinção das ADIs por perda de objeto.

Apesar de não ter havido julgamento definitivo do mérito, o acórdão da medida cautelar é relevante não apenas sob a perspectiva acadêmica, como também prática, pois que o STF limitou o poder do Estado de proceder à coleta e ao processamento de dados, acenando a inconstitucionalidade da providência, que violaria direitos fundamentais diversos.

A decisão do STF se inspirou, em diversas passagens, na *Volkszählungsurteil*, de 1983, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfG).

¹ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018. DOI: 10.30899/df.v12i39.655. p. 186.

A própria situação fática tem certa similaridade com o caso brasileiro, tendo em vista que ambas tratam de coleta de dados pessoais para fins estatísticos. No paradigma, o Parlamento alemão aprovou lei que previa e regulava o recenseamento da população. O BVerfG recebeu mais de 500 reclamações constitucionais (*Verfassungsbeschwerden*) sobre a Lei do Censo, em que foram opostas críticas a previsão de multa, possíveis falhas na anonimização e a existência de perguntas sobre profissão e orçamento, por exemplo, que violariam a privacidade dos cidadãos. O temor por uma sociedade de constante vigilância, como a retratada no livro 1984 de George Orwell, contribuiu para que o tema tomasse grandes proporções e fosse objeto de protestos e boicotes. Apesar disso, o BVerfG, ao final, declarou constitucional a Lei do Censo, reconhecendo a inconstitucionalidade apenas de alguns trechos que versavam sobre o compartilhamento de dados. O recenseamento foi finalmente realizado em 1987.²

O que tornou a decisão um marco histórico foi o reconhecimento, a partir dela, do direito fundamental à autodeterminação informativa, que dá ao indivíduo o poder de decidir quando e dentro de quais limites seus dados pessoais são divulgados. Desde então, esse direito foi incorporado por diversos sistemas normativos e influenciou a disciplina da proteção de dados em todo o mundo – inclusive no Brasil.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo realizar análise comparativa entre a *Volkszählungsurteil* e a ADI 6.387, a fim de estudar o fenômeno da construção jurisprudencial de direito fundamental, *in casu* relacionado à proteção de dados, e os reflexos da decisão estrangeira na jurisprudência brasileira.

Para alcançar o objetivo, optou-se pelo método comparativo-funcional e, como técnicas de pesquisa, a pesquisa bibliográfica e documental em textos nacionais e estrangeiros. O trabalho é dividido em duas partes: na primeira, é exposta a decisão alemã e o direito à autodeterminação informativa, seu objeto, contornos e limites; na segunda parte, é apresentado o caso da MP impugnada e os principais argumentos dos votos dos ministros na ADI 6.387, comparando-os e relacionando-os com a decisão alemã.

² DEUTSCHER BUNDESTAG. *Beschluss des Volkszählungsgesetzes 1983*. Archiv. [S. l.], 2012. Disponível em: https://www.bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2012/38024038_kw10_kalender_volkszaehlung-207898. Acesso em: 07 jan. 2021.

II. A *Volkszählungsurteil* e o nascimento da autodeterminação informativa em 1983

O direito à autodeterminação informativa é construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão que se configura como reflexo do Direito Geral de Personalidade (DGP), que, por sua vez, também é produto da jurisprudência desse tribunal,³ a partir da interpretação conjunta dos artigos 2, (1), e 1, (1), da Lei Fundamental alemã, que preceituam, respectivamente, que “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral” e que “a dignidade da pessoa humana é inatingível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder estatal”.

O DGP é um direito fundamental de conceito aberto que visa proteger a personalidade como um todo, inclusive perante novos perigos, de forma que seus contornos vêm sendo delineados pelo BVerfG ao longo dos anos. Essa maleabilidade existe justamente pela leitura conjunta do artigo 2, (1), que trata do livre desenvolvimento da personalidade como direito de liberdade de ação, e do artigo 1,(1), que protege a dignidade humana, atuando como diretriz interpretativa.⁴

Foi com a consolidação do DGP que o BVerfG preparou o caminho para futuros desdobramentos, de forma que, diante do surgimento de novos conflitos, e havendo a necessidade de inovar para atender à proteção plena da personalidade, “o caráter abstrato do direito da personalidade geral possibilita[ria] aplicar novas formas, a fim de garantir proteção suficiente para o indivíduo”.⁵ Hoffmann-Riem esclarece que esses desdobramentos não são considerados “novos” direitos fundamentais, não são direitos “livremente inventados pelo tribunal”. São, na verdade, concretizações e reflexos de garantia que já existe, amparada nos artigos 1º e 2º da Constituição alemã, e que apenas precisa ser declarada.⁶

O caminho para a construção do direito à autodeterminação informativa, portanto, inicia-se na dignidade humana e perpassa a personalidade,

³ O Direito Geral de Personalidade já havia sido reconhecido, no âmbito civil, pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, o *Bundesgerichtshof*. Essas decisões de direito privado inspiraram o reconhecimento do Direito Geral de Personalidade como direito fundamental pelo BVerfG. EPPING, 2019, p. 318.

⁴ LANG, Heinrich. “Die Grundrechte (Art. 1–19).” In: EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian (org.). *Beck’scher Online-Kommentar Grundgesetz*. 43. ed. München: C. H. Beck, 2020. E-book. p. 33.

⁵ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar*, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez. 2020. DOI: 10.5020/2317-2150.2020.10828. p. 10.

⁶ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria Geral do Direito Digital*. São Paulo: Forense, 2020.

até sua consolidação como direito autônomo. Esse raciocínio está expresso na *Volkszählungsurteil*:

[...] no centro da ordem constitucional estão o valor e a dignidade da pessoa, que, através da livre autodeterminação, atua como membro de uma sociedade livre.

A proteção à dignidade humana também serve ao direito geral de personalidade [...], que se torna ainda mais significativa diante da evolução moderna e os perigos que ela traz à personalidade humana.

As concretizações feitas pela jurisprudência até o momento não descrevem exaustivamente o conteúdo do direito de personalidade. Ele integra também o direito decorrente dessa ideia de autodeterminação, de o indivíduo poder decidir, quando e dentro de quais limites os seus dados pessoais são divulgados.⁷

De fato, são vários e diversos os bens jurídicos que se encontram sob o manto do direito geral de personalidade, como a proteção das relações familiares, da intimidade, da imagem, da autodeterminação sexual e outros relacionados à privacidade e à autonomia. Para estruturar esses bens jurídicos e estipular critérios de restrição, o BVerfG adotou a teoria das esferas, pela qual a personalidade é dividida nas esferas íntima, privada e social, e, quanto mais próximo do núcleo da personalidade (onde está a intimidade), com maior rigor se deve analisar a constitucionalidade de uma interferência.⁸

Ocorre que, tratando-se da coleta e do processamento automatizado de dados, na *Volkszählungsurteil*, para adequadamente proteger a personalidade dos indivíduos foi preciso superar a teoria das esferas e reconhecer um direito que é paralelo a elas: a autodeterminação informativa. Isso porque o

⁷ DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. 1 BvR 209/83 – Volkszählung. BVerfGE 65, 1 – 71. Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983. Karlsruhe, 1983. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html. Acesso em: 07 jan. 2021. §144. Tradução nossa. No original: „Im Mittelpunkt der grundgesetzlichen Ordnung stehen Wert und Würde der Person, die in freier Selbstbestimmung als Glied einer freien Gesellschaft wirkt. Ihrem Schutz dient – neben speziellen Freiheitsverbürgungen – das [...] gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht, das gerade auch im Blick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen der menschlichen Persönlichkeit Bedeutung gewinnen kann [...]. Die bisherigen Konkretisierungen durch die Rechtsprechung umschreiben den Inhalt des Persönlichkeitsrechts nicht abschließend. Es umfasst [...] auch die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden [...]“

⁸ LANG, Heinrich. “Die Grundrechte (Art. 1–19).” In: EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian (org.). *Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz*. 43. ed. München: C. H. Beck, 2020. E-book. p. 37; EPPING, Volker. *Grundrechte*. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2019. (Springer-Lehrbuch). E-book. p. 334.

foco desse direito não é o dado em si (que pode se situar em qualquer uma das três esferas), mas o processamento desse dado, de forma que não se pode falar em dado insignificante:

Neste contexto, a natureza da informação não pode ser o único critério. O que é decisivo é a sua utilidade e possibilidade de tratamento. Estes dependem, por um lado, da finalidade da coleta e, por outro, das possibilidades de processamento e interrelação inerentes à tecnologia da informação. Como resultado, um dado que é em si mesmo insignificante pode assumir um novo significado; portanto *não existe um dado “insignificante”* sob as condições de processamento automático de dados.⁹

O BVerfG entende que esse direito necessita de proteção especial diante das tecnologias de processamento automático de dados, uma vez que os dados pessoais podem ser armazenados ilimitadamente e acessados a qualquer momento, virtualmente. Ainda, com a integração dos sistemas, informações aparentemente insignificantes podem ser cruzadas a fim de montar uma “imagem virtual da personalidade” (*Persönlichkeitsbild*), sobre a qual a pessoa afetada não teria qualquer controle, sem ter ciência do que se sabe sobre ela.¹⁰ Nesse contexto, a autodeterminação informacional pressupõe que a pessoa tenha a liberdade não só de decidir sobre a divulgação de seus dados, mas também de conduzir sua vida de acordo com essas decisões, sob pena de sofrer um efeito de intimidação que implica na percepção de liberdade do indivíduo (“*nachhaltigen Einschüchterungseffekt auf die Freiheitswahrnehmung*”).¹¹

Fica evidente a importância social e democrática desse direito, uma vez que tutela a atuação da pessoa como membro de uma sociedade. Não só está intimamente relacionado com a “representação pública da pessoa” (*Darstellung der Person in der Öffentlichkeit*), um dos elementos da personalidade tutelados pelo DGP,¹² como também protege o desenvolvimento da personalidade em

⁹ DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *1 BvR 209/83 – Volkszählung*. BVerfGE 65, 1 – 71. Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983. Karlsruhe, 1983. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html. Acesso em: 07 jan. 2021. §150. Tradução nossa. No original: „Dabei kann nicht allein auf die Art der Angaben abgestellt werden. Entscheidend sind ihre Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeit. Diese hängen einerseits von dem Zweck, dem die Erhebung dient, und andererseits von den der Informationstechnologie eigenen Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten ab. Dadurch kann ein für sich gesehen belangloses Datum einen neuen Stellenwert bekommen; insoweit gibt es unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein „belangloses“ Datum mehr.“

¹⁰ Ibidem, §145.

¹¹ EPPING, Volker. *Grundrechte*. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2019. (Springer-Lehrbuch). E-book. p. 323.

¹² Ibidem, p. 322-323.

si, pois a autodeterminação informacional se mostra essencial para que a pessoa possa agir livre de pressões:

Quem teme que desvios de comportamento possam ser registrados o tempo todo e que essas informações são armazenadas, utilizadas ou divulgadas a terceiros, vai tentar evitar demonstrar este comportamento. [...] Isso não somente restringe as possibilidades de desenvolvimento pessoal do indivíduo, como também prejudica o bem comum, pois a autodeterminação é um requisito elementar para o funcionamento de uma sociedade democrática livre fundada na liberdade de agir e participar dos seus membros.¹³

Assim, entendeu o BVerfG que o controle sobre seus dados e suas informações é um requisito para que a pessoa possa viver uma existência livre e autodeterminada.¹⁴ Esse controle, contudo, não é absoluto e não permite o isolamento da pessoa: não se trata de proteção contra a comunicação, mas de proteção na comunicação,¹⁵ uma vez que o desenvolvimento do indivíduo e da sua personalidade ocorre em sociedade, cuja base é a comunicação. O controle também não se limita ao consentimento: como ressalta Albers,¹⁶ o núcleo da autodeterminação informativa não é o consentimento em si, mas a necessidade de uma base legal constitucional para o processamento de dados. É possível, diante disso, a restrição do direito à autodeterminação informativa quando for necessário para o bem comum:

¹³ DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *1 BvR 209/83 – Volkszählung*. BVerfGE 65, 1 – 71. Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983. Karlsruhe, 1983. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html. Acesso em: 07 jan. 2021. §143. Tradução nossa. No original: "Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist."

¹⁴ ROUVROY, Antoinette; POULLET, Yves. The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development. In: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves. DE HERT, Paul TERWANGNE, Cécile de; NOUWIT, Sjaak (ed.). *Reinventing data protection*. [s.l.]: Springer, 2009. DOI 10.1007/978-1-4020-9498-9. p. 51.

¹⁵ GUSY, Christoph. Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz: Fortführung oder Neuanfang?. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, [s.l.], v. 83, n. 1, p. 52-64, 2000. p. 59.

¹⁶ ALBERS, Marion. Realizing the Complexity of Data Protection. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; HERT, Paul de. (eds). *Reloading Data Protection*. Dordrecht: Springer, 2014. p. 213-235. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-94-007-7540-4_11. Acesso em: 07 jan. 2021. p. 219.

Esse direito à “autodeterminação sobre a informação” não é garantido ilimitadamente. O indivíduo não tem um direito no sentido de um domínio absoluto, ilimitado, sobre “seus” dados; ele é muito mais uma personalidade em desenvolvimento, dependente da comunicação dentro da comunidade social. A informação, mesmo quando ela é relativa à pessoa, representa um recorte da realidade social que não pode ser associado exclusivamente ao indivíduo atingido. [...] Por isso, em princípio, o indivíduo deve aceitar limitações a seu direito à autodeterminação informativa em favor do interesse geral predominante.¹⁷

As restrições e limitações ao direito à autodeterminação informativa precisam (1) ter fundamento legal – que deve ser claro, preciso, vinculado a uma finalidade expressa e com medidas para proteção da intimidade – e (2) observar estritamente o princípio da proporcionalidade.¹⁸ Como mencionado, nessa análise, mais relevante do que analisar o tipo de dado ou qual em esfera da personalidade ele se encaixa, é verificar os possíveis usos desses dados e das informações geradas após seu processamento.

Todo processamento de dados atinge em alguma medida o direito à autodeterminação informativa, especialmente quando compulsório, como é o caso da Lei do Censo, que previa a obrigatoriedade de participação. Entretanto, o BVerfG entendeu que as limitações impostas pela Lei do Censo ao direito à autodeterminação informativa eram constitucionais, porque respeitavam os requisitos de legalidade e proporcionalidade acima mencionados.¹⁹ O Tribunal

¹⁷ DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *1 BvR 209/83 – Volkszählung*. BVerfGE 65, 1 – 71. Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983. Karlsruhe, 1983. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html. Acesso em: 07 jan. 2021. §148. Tradução nossa. No original: “Dieses Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ ist nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneingeschränkten Herrschaft über „seine“ Daten; er ist vielmehr eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit. Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann. [...] Grundsätzlich muß daher der Einzelne Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen.”

¹⁸ FRANZIUS, Claudio. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*, [s.l.], v. 8, n. 3, p. 259-270, 2015. p. 260; DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *1 BvR 209/83 – Volkszählung*. BVerfGE 65, 1 – 71. Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983. Karlsruhe, 1983. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html. Acesso em: 07 jan. 2021. §149.

¹⁹ “Se as exigências supra discutidas forem levadas em consideração de forma eficaz, segundo o estágio atual do reconhecimento científico e da experiência empírica, o levantamento de dados para fins exclusivamente estatísticos não será problemática do ponto de vista constitucional.”. Ibidem, §163. Tradução nossa. No original: „Wird den erörterten Anforderungen in wirksamer Weise Rechnung getragen, ist die Erhebung von Daten zu ausschließlich statistischen Zwecken nach dem derzeitigen Erkenntnis- und Erfahrungsstand verfassungsrechtlich unbedenklich.”

declarou inconstitucional apenas a possibilidade de compartilhamento com órgãos públicos de dados não dissociados de um indivíduo (anonimizados).

Tendo em vista que o caso em análise tratava de uma coleta de dados compulsória e realizada pelo Estado, não houve espaço na decisão para que se discutisse os deveres de proteção e a eficácia horizontal do direito à autodeterminação informativa. Assim, tradicionalmente, esse direito é visto na sua dimensão subjetiva, como um *Abwehrrecht* (direito de defesa, perante o Estado). Entretanto, julgados mais recentes do BVerfG vêm identificando como se dá a dimensão objetiva do direito e sua eficácia entre particulares, especialmente entre consumidores e grandes empresas de tecnologia.

A dimensão objetiva do direito impõe ao Estado um dever de proteção (*Schutzpflicht*). Nesse aspecto, é obrigação do Estado criar condições para que as pessoas consigam efetivamente exercer o direito à autodeterminação informativa, o que foi reconhecido em 2006 pelo BVerfG em decisão que versava sobre a possibilidade de um contrato de seguros prever uma dispensa de confidencialidade como condição para a contratação:

O direito geral de personalidade garante que no sistema jurídico, se necessário, sejam criadas e mantidas condições para que o indivíduo possa participar dos processos de comunicação de forma autodeterminada e assim desenvolver sua personalidade. A *autoproteção informativa deve ser realmente possível e razoável para o indivíduo*. Se este não for o caso, há responsabilidade estatal de garantir as condições de participação autodeterminada na comunicação. Nesse caso, não pode ser negada proteção estatal ao interessado com base apenas em uma aparente voluntariedade da exposição de certas informações. *O dever de proteção que decorre do direito geral de personalidade exige que as autoridades estatais competentes forneçam os requisitos legais para uma autoproteção informativa eficaz.*²⁰

²⁰ DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. 1 BvR 2027/02. Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. Oktober 2006. Karlsruhe, 2006. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rk20061023_1bvr202702.html. Acesso em: 07 jan. 2021. §33. Tradução nossa. No original: "*Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet, dass in der Rechtsordnung gegebenenfalls die Bedingungen geschaffen und erhalten werden, unter denen der Einzelne selbstbestimmt an Kommunikationsprozessen teilnehmen und so seine Persönlichkeit entfalten kann. Dazu muss dem Einzelnen ein informationeller Selbstschutz auch tatsächlich möglich und zumutbar sein. Ist das nicht der Fall, besteht eine staatliche Verantwortung, die Voraussetzungen selbstbestimmter Kommunikationsteilnahme zu gewährleisten. In einem solchen Fall kann dem Betroffenen staatlicher Schutz nicht unter Berufung auf eine nur scheinbare Freiwilligkeit der Preisgabe bestimmter Informationen versagt werden. Die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgende Schutzpflicht gebietet den zuständigen staatlichen Stellen vielmehr, die rechtlichen Voraussetzungen eines wirkungsvollen informationellen Selbstschutzes bereitzustellen.*"

Já a eficácia horizontal, entre particulares, do direito fundamental à autodeterminação informativa, foi reconhecida pelo BVerfG na decisão sobre o direito ao esquecimento, de novembro de 2019. Nessa decisão, o tribunal consignou que esse direito foi originalmente desenvolvido como defesa perante o Estado, mas que “não há razão para não alargar a proteção do direito fundamental, conforme as regras gerais, às relações entre particulares e aplicá-la indiretamente na resolução de litígios civis”.²¹

Essa aplicação entre particulares, ainda que indireta, é irradiação da Constituição no direito civil, o que não significa que o direito seja menos protetivo ou menos exigente entre particulares, se comparado com a sua aplicação tradicional perante o Estado. Se as empresas têm uma posição de domínio semelhante à do Estado ou assumem o controle da comunicação, “a vinculação aos direitos fundamentais das empresas privadas pode, de fato, aproximar-se ou mesmo igualar-se à vinculação aos direitos fundamentais do Estado”.²² O tribunal reconheceu que, na atualidade, em muitos casos, o acesso a serviços essenciais ou a participação na comunidade fica condicionado ao acesso aos dados pessoais: “Se não quiserem ser excluídos desses serviços básicos, os indivíduos dificilmente conseguem evitar a divulgação de grandes quantidades de dados pessoais às empresas”.²³

A decisão do direito ao esquecimento é relevante, ainda, por frisar que 1) o direito à autodeterminação informativa é um desdobramento autônomo do DGP, com conteúdo e regras de aplicação diversos, e essas diferenças se mantêm inclusive na sua aplicação entre particulares; e 2) a proteção do direito à autodeterminação informativa também é aberta para desenvolver-se (*entwicklungsoffen*), podendo abranger novos perigos à personalidade, como, por exemplo, a criação de perfis automatizados.²⁴

²¹ DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. 1 BvR 16/13 – *Recht auf Vergessen I*. Beschluss des Ersten Senats vom 06. November 2019. Karlsruhe, 2019. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs20191106_1bvr001613.html. Acesso em: 07 jan. 2021. §85. Tradução nossa. No original: „Es gibt jedoch keinen Grund, den Grundrechtsschutz nach allgemeinen Regeln nicht auch auf das Verhältnis zwischen Privaten zu erstrecken und ihn im Wege der mittelbaren Drittwirkung auch in zivilrechtlichen Streitigkeiten zur Geltung zu bringen“.

²² *Ibidem*, §88. Tradução nossa. No original: „Je nach Umständen, insbesondere wenn private Unternehmen in eine staatsähnlich dominante Position rücken oder etwa die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen, kann die Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates im Ergebnis vielmehr nahe- oder auch gleichkommen“.

²³ *Ibidem*, §85. Tradução nossa. No original: „Die einzelne Person kommt kaum umhin, in großem Umfang personenbezogene Daten gegenüber Unternehmen preiszugeben, wenn sie nicht von diesen grundlegenden Dienstleistungen ausgeschlossen sein will.“.

²⁴ *Ibidem*, §90.

Na mesma medida em que o direito à autodeterminação informativa evolui no âmbito jurisprudencial, ele também é alvo de críticas pela doutrina, que questiona como, na era Big Data, ainda é possível propor que um indivíduo tenha efetivo controle dos seus dados, apontando, ainda, que o foco apenas em direitos individuais não é adequado para tratar a questão da proteção de dados, pois ela exige medidas coletivas, governamentais e de autorregulação.²⁵ Essa problematização do direito à autodeterminação informativa demonstra a importância de se reconhecer a dimensão objetiva do direito fundamental e o dever de proteção que dele resulta.

É inegável que o direito à autodeterminação informativa ocupa posição central na temática da proteção de dados na Alemanha e, mesmo que implicitamente, na Europa como um todo, onde vigora a ideia de que as pessoas devem poder controlar a coleta e o processamento de seus dados e poder defender-se de usos prejudiciais deles. Esse direito também influenciou o desenvolvimento da proteção de dados em outros países, como no Brasil, em que a principal manifestação dessa influência é o julgamento da ADI 6.387, que será analisado no próximo capítulo.

III. O reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados na ADI 6387

Diferentemente da Alemanha, a cultura jurídica de proteção de dados no Brasil ainda é muito recente. De fato, já existia alguma “proteção de dados” antes da LGPD, amparada nas previsões do Código de Defesa do Consumidor e do Marco Civil da Internet, mas foi apenas com a entrada em vigor da LGPD que o Brasil passou a ter um modelo *ex ante* e abrangente de proteção de dados. No âmbito constitucional, a proteção aos dados é esparsa, necessitando de interpretação conjunta de outros direitos fundamentais, como a privacidade (art. 5º, X), o sigilo das comunicações²⁶ (art. 5º, XII), a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI) e a previsão do Habeas Data (art. 5º, LXXII).

Nesse contexto é que surge a ADI 6.387, em que postulada a declaração de inconstitucionalidade da MP 954/20, que previa o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com o IBGE. A exposição de motivos

²⁵ Nesse sentido, exemplificadamente, ver “*The Case Against Idealising Control*”, de Woodrow Hartzog, “*Realizing the Complexity of Data Protection*”, de Marion Albers e Ausblick: “*Die Zukunft der informationellen Selbstbestimmung*”, de Tobias Matzner e Philipp Richter.

²⁶ Entretanto, a jurisprudência do STF não era muito favorável à aplicação desse artigo para a proteção de dados, tendo a corte decidido, em 2006, que a Constituição protege apenas a comunicação dos dados no art. 5º, XII, e não os dados em si mesmos (RE 418416).

dessa norma justificava a sua necessidade para que fosse viável a adaptação metodológica (substituição da coleta presencial pela coleta por telefone), sendo que o IBGE necessitaria, para tanto, “ter acesso a informações sobre o número de telefone e respectivo endereço residencial dos consumidores de serviços de telecomunicações, de pessoas naturais ou jurídicas”. Já a relevância da MP consistiria no fato de a pesquisa incluir quesitos relacionados ao monitoramento da pandemia, de forma a orientar políticas públicas e processos decisórios. Por fim, a urgência seria:

- 1) a necessidade da produção tempestiva de dados para o monitoramento da pandemia de Covid-19;
- 2) a necessidade de garantir a continuidade da PNAD Contínua, com a natural preservação de suas séries históricas básicas, úteis à gestão e avaliação de políticas públicas em âmbito nacional;
- 3) a tempestividade necessária para a obtenção dos dados requeridos junto às empresas de telecomunicações, supondo-se que uma Medida Provisória terá eficácia mais significativa se comparada a quaisquer outras normas ou instrumentos de solicitação dos dados.²⁷

Diante disso, essa Medida Provisória previa, no seu artigo segundo, que “[a]s empresas de telecomunicação prestadoras do STFC e do SMP deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos *nomes*, dos *números de telefone* e dos *endereços* de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas.” (grifo nosso).²⁸ Ocorre que, embora a PNAD Contínua visite trimestralmente apenas pouco mais de 211 mil domicílios no país,²⁹ a medida atingiria um número muito maior de consumidores, já que no Brasil, há

²⁷ BRASIL. *Exposição de motivos da medida provisória n. 954, de 17 de abril de 2020*. Brasília: Presidência da República, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-954-20.pdf. Acesso em: 07 jan. 2021.

²⁸ BRASIL. *Medida provisória n. 954, de 17 de abril de 2020*. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações [...]. Brasília: Presidência da República, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954impresao.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

²⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*. Notas técnicas. Versão 1.5. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101651_notas_tecnicas.pdf. Acesso em: 07 jan. 2021. p. 12.

cerca de 230 milhões de números de celular ativos,³⁰ havendo em 93,2% dos domicílios pelo menos um telefone celular.³¹

Além da desproporção entre a quantidade de dados compartilhados e a quantidade de dados que seriam efetivamente utilizados para a pesquisa contínua, é importante destacar que, mesmo com a suspensão da eficácia da MP, o IBGE conseguiu continuar a PNAD, utilizando números de telefone que haviam sido cadastrados de pesquisas anteriores – o que torna questionável a própria necessidade da MP.³²

A MP também peca pela falta de clareza, uma vez que, no seu texto, não há menção à relação das pesquisas domiciliares com o monitoramento da pandemia, o que aparece apenas na Exposição de Motivos. Além disso, tampouco esclarece, em qualquer momento, como os dados serão utilizados, limitando-se a prever que o objetivo é “realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares”. Nem sequer fica claro se o gerenciamento da pandemia é uma finalidade do tratamento desses dados ou se a menção a ela é apenas um argumento vazio para a flexibilização de garantias, tendo em vista que a pandemia aparece apenas na exposição de motivos, e não no texto da norma.

A redação da MP é, ainda, precária quanto ao sigilo, anonimização e segurança dos dados a serem transmitidos, pois a norma limita-se a prever que os dados terão caráter sigiloso (art. 3º I) e que será divulgado, posteriormente relatório de impacto (art. 3º, §2º). Nem mesmo a instrução normativa³³ que “estabelece procedimentos para disponibilização de dados de empresas de telecomunicações prestadoras de serviço telefônico fixo ou móvel ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE,” traz medidas de segurança.

A insegurança e a falta de clareza quanto à finalidade e à necessidade do uso de dados de milhões de consumidores motivaram 344 emendas legislativas

³⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). *Anatel divulga balanço dos serviços de telecomunicações de 2019*. [Brasília]: Anatel, 2020.

³¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2018*. [S. l.]: IBGE, 2020a. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf. Acesso em: 07 jan. 2021.

³² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *IBGE começa coleta por telefone da PNAD Covid em mais de 190 mil domicílios*. [S. l.]: IBGE, 2020b. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27552-ibge-comeca-coleta-por-telefone-da-pnad-covid-em-mais-de-190-mil-domicilios#:~:text=As%20entrevistas%20duram,%20aproximadamente,%2010,RG%20ou%20CPF%20do%20entrevistador>. Acesso em: 07 jan. 2021.

³³ BRASIL. Ministério da Economia. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Instrução normativa n. 2*, de 17 de abril de 2020. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, ed. 76, p. 24, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-2-de-17-de-abril-de-2020-253341223>. Acesso em: 07 jan. 2021.

e fundamentaram o ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade.³⁴ Essas ADIs representaram uma oportunidade para que o STF fortalecesse a base constitucional que ampara a LGPD e a proteção de dados como um todo no Brasil. Para a análise, o presente estudo considerará a ADI 6.387, proposta pelo Conselho Federal da OAB, que sustentou que a MP ora estudada padece de inconstitucionalidade formal,³⁵ por não observar os requisitos de urgência e relevância das medidas provisórias, e de inconstitucionalidade material:

por violação direta aos artigos 1º, inciso III e 5º, incisos X e XII da Constituição Federal, os quais asseguram, respectivamente a dignidade da pessoa humana; a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; o sigilo dos dados e o direito à autodeterminação informativa, bem como por violação ao princípio da proporcionalidade.³⁶

Ao receber a ação, a relatora, Min. Rosa Weber, suspendeu a eficácia da MP em decisão monocrática, a qual foi posteriormente referendada pelo Plenário, por 10 votos. O voto contrário foi do Min. Marco Aurélio, que votou pela manutenção da MP por entender que o compartilhamento de números de telefone não viola direitos fundamentais. Os votos dos demais ministros podem ser organizados da seguinte forma: 4 ministros, incluindo a relatora, reconheceram a violação à direitos expressos na Constituição, utilizando-se de interpretação extensiva; 2 ministros apenas acompanham a relatora (Min. Celso de Mello e Min. Dias Toffoli), sem acrescentar fundamentos; 2 ministros entendem que a Constituição protege, entre os direitos de personalidade, a autodeterminação informativa; e 2 ministros reconhecem direito autônomo à proteção de dados. Além disso, no geral, os votos demonstram a preocupação dos ministros com o avanço da tecnologia e os perigos que ela representa para a personalidade.

As Min. Rosa Weber e Carmen Lúcia e os Min. Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso reconheceram a inconstitucionalidade da medida

³⁴ As ADIs foram propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) – 6.387, pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) – 6.389, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) – 6.390, pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – 6.388, e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) – 6.393.

³⁵ Tendo em vista que este texto se propõe a discutir a existência e os contornos de um direito fundamental à proteção de dados, a questão atinente à inconstitucionalidade formal não será aprofundada.

³⁶ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.387*. Petição inicial. Brasília, 19 de abril de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizador-pub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5895165>. Acesso em: 07 jan. 2021.

por violação de direitos fundamentais previstos expressamente na Constituição. Para a relatora, os contornos da proteção à privacidade já abrangem a proteção de dados, tendo em vista que a privacidade tem conteúdo mutável, cuja natureza e extensão pode ser redefinida de acordo com a evolução social e tecnológica. A CF prevê direitos de personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem), e instrumentaliza esses direitos com o art. 5º, XII, ao prever a inviolabilidade do sigilo “da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados [...]”. Assim, para a relatora, cujo voto foi acompanhado pela maioria,

Tais informações [nomes, números de telefone e endereços], relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII).³⁷

Para o ministro Alexandre de Moraes, o cerne da questão também é a privacidade, cuja defesa foi consagrada no art. 5º pelo sigilo de dados: “Parece-me, então, sem nenhuma dúvida, que o compartilhamento dessas informações sem prévia autorização de seu titular está situado na discussão sobre a abrangência e amplitude do sigilo de dados constitucionalmente protegidos.”³⁸ Importa destacar, aqui, que os dados objeto da MP não são verdadeiramente dados sigilosos, apenas dados pessoais, de forma que não se pode dizer que há adequação direta entre o art. 5º, XII e a questão levantada na ADI, sendo necessária interpretação extensiva do artigo. Ainda, o enquadramento feito pelos ministros parece superar a tese que até então prevalecia no STF, de que a proteção conferida pelo art. 5º, XII é da comunicação dos dados, e não dos dados em si.

Os Min. Barroso e Carmen Lúcia fundamentaram a inconstitucionalidade da MP no direito à privacidade que, para o primeiro, “é o direito que toda pessoa tem de ter uma esfera da sua vida que não seja acessível, quer ao Estado, quer a outras pessoas, salvo, eventualmente, por vontade própria.”³⁹ No mesmo sentido, a ministra entendeu que “Essa determinação [da MP] não se mostra compatível com os direitos fundamentais à intimidade e à

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.387*. Requerente: Conselho Federal da OAB. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 06 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2021. p. 21.

³⁸ *Ibidem*, p. 36.

³⁹ *Ibidem*, p. 46.

vida privada, preconizados em diversas normas constitucionais (art. 5º, X, XI, XII).”⁴⁰

Avançando um pouco, os votos do Min. Ricardo Lewandowski e do Min. Edson Fachin se relacionam porque ambos mencionam a autodeterminação informativa, embora não tenham aprofundado a discussão. Os ministros apenas declaram o direito como sendo um direito fundamental juntamente com outros direitos de personalidade, como se vê no voto do Min. Lewandowski:

Neste aspecto, a disciplina da proteção de dados pessoais trazida pela norma questionada, ao menos aparentemente, vai de encontro ao direito de privacidade, à *autodeterminação informativa*, à inviolabilidade da intimidade dos consumidores, ferindo, por consequência, os princípios da ordem econômica, da defesa do consumidor, do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade, bem como o exercício da cidadania quanto às pessoas naturais.⁴¹

No mesmo sentido é o voto do Min. Fachin, para quem “nem a excepcionalidade da crise vivida [a pandemia], nem a valorosa tarefa de produzir estudos estatísticos justifica a violação dos direitos fundamentais dos usuários dos serviços de telefonia à intimidade, ao sigilo e à autonomia informativa”.⁴²

Esses votos vão ao encontro da doutrina especializada brasileira, que já defende há algum tempo que o direito à autodeterminação informativa existe no Brasil como decorrência dos direitos de personalidade e do Habeas Data, ainda que não tenha sido declarado.⁴³

Por fim, é nos votos dos Min. Luiz Fux e Min. Gilmar Mendes que há a verdadeira construção jurisprudencial de um direito autônomo à proteção de dados.⁴⁴ Para o Min. Mendes, a “afirmação de um novo direito fundamental não

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.387*. Requerente: Conselho Federal da OAB. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 06 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2021. p. 146.

⁴¹ *Ibidem*, p. 89.

⁴² *Ibidem*, p. 44.

⁴³ Nesse sentido, ver: Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda, de Laura Schertel Ferreira Mendes, e O direito fundamental à autodeterminação informativa, de Ana Maria Neves de Paiva Navarro.

⁴⁴ Questiona-se, contudo, a legitimidade de um direito fundamental construído jurisprudencialmente, em apenas dois votos, em um referendo à medida cautelar, de uma ação de inconstitucionalidade que não terá julgamento de mérito.

resulta de um criacionismo jurisprudencial”,⁴⁵ pois, há mais de duas décadas, desenvolve-se no país a evolução do conceito de privacidade. Ainda que não tenha havido alteração no texto da Constituição, os contornos do direito fundamental foram alterados não só pela evolução da sociedade, mas também e principalmente pela edição de leis que garantem, cada uma a seu modo, a proteção de dados pessoais, especialmente a LGPD. É na força normativa da Constituição que o ministro encontra fundamento para a reconceitualização dos direitos:

A força normativa da constituição pode e deve ser atualizada e reconceitualizada para preservar garantias individuais que constituem a base da democracia constitucional e que hoje são diretamente ameaçadas pelo descompasso entre o poder de vigilância e a proteção da intimidade.⁴⁶

Para o Min. Gilmar Mendes, a força normativa da Constituição deve ser caminho, e não entrave, para a proteção jurídica da intimidade como garantia básica da ordem democrática. Ele entende, ainda, ser necessária a afirmação de um direito autônomo à proteção de dados, inserindo-o no rol de direitos fundamentais, pois a evolução do direito ao sigilo não é suficiente, tendo em vista que o processamento e a utilização da informação, ainda que não sigilosa, pode afetar o sistema de garantias fundamentais como um todo.⁴⁷ Assim, segundo o Min. Gilmar Mendes, o embasamento para o reconhecimento de um direito autônomo à proteção de dados resulta de “uma compreensão integrada do texto constitucional”, fundada:

(i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X, da CF/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da centralidade do Habeas Data enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa.⁴⁸

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.387*. Requerente: Conselho Federal da OAB. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 06 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2021. p. 111.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 98.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 101-103.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 109.

O Min. Luiz Fux, similarmente, entende que “a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem uma tutela jurídica e âmbito de incidência específicos”.⁴⁹ Ele também extrai esses direitos de uma “interpretação integrada” da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e do Habeas Data (art. 5º, LXXII).

Os votos não diferenciam a proteção de dados e a autodeterminação informativa, parecendo concordar com Laura Schertel Mendes, para quem se trata de uma questão de nomenclatura.⁵⁰

Ainda que se tratasse de coleta de dados feita por órgão público, que sofre eficácia direta dos direitos fundamentais, o voto do Min. Gilmar Mendes traz importantes considerações sobre a dimensão objetiva do direito fundamental à proteção de dados, acompanhando a evolução do direito à autodeterminação informacional na jurisprudência alemã após o *Volkszählungsurteil*:

Já em uma dimensão objetiva, a afirmação do direito fundamental à proteção de dados pessoais impõe ao legislador um verdadeiro dever de proteção (Schutzpflicht) do direito à autodeterminação informacional, o qual deve ser colmatado a partir da previsão de mecanismos institucionais de salvaguarda traduzidos em normas de organização e procedimento (Recht auf Organisation und Verfahren) e normas de proteção (Recht auf Schutz). Essas normas devem ser positivadas justamente para garantir o controle efetivo e transparente do indivíduo relativamente à circulação dos seus dados, tendo como chave-interpretativa da juridicidade desse controle a noção de consentimento.⁵¹

Assim como a privacidade, os direitos da autodeterminação informativa e da proteção de dados não são absolutos e podem ser limitados por ações do Estado ou de outros particulares. De forma análoga à decisão alemã do Censo, de 1983, o STF adotou como critérios para constitucionalidade dessa restrição ao direito fundamental: a existência de um fundamento legal claro, o teste de proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e a existência de salvaguardas que protejam contra utilizações indevidas.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 65.

⁵⁰ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018. DOI: 10.30899/df.v12i39.655. p. 198-199.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.387*. Requerente: Conselho Federal da OAB. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 06 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2021. p. 115.

Dessa forma, uma vez constatado que a MP atinge direitos fundamentais dos indivíduos afetados (seja o direito de privacidade em sentido amplo, o direito à autodeterminação informativa ou o direito autônomo à proteção de dados), cabe analisar se ela atenderia aos requisitos acima mencionados. Quanto ao requisito da existência de um fundamento legal claro, decidiu o STF que não haveria clareza suficiente, pois não é expressa na norma a finalidade do tratamento de dados.⁵² Conforme a decisão da Ministra Relatora, a MP “não delimita o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, tampouco a amplitude. Igualmente não esclarece a necessidade de disponibilização dos dados nem como serão efetivamente utilizados”.⁵³

A falta de clareza por si só gera a inconstitucionalidade da MP. Mas, além disso, ela impede a realização do teste de finalidade, pois não se pode verificar a adequação sem saber a finalidade. Da mesma forma, o texto da MP não é suficiente para uma verificação de necessidade, sendo necessário recorrer a outros elementos, como a exposição de motivos e materiais do IBGE para verificar que a medida não se limita ao mínimo necessário. Seja porque o número de dados compartilhados é muito maior do que os dados que serão efetivamente utilizados, seja porque o IBGE conseguiu iniciar a pesquisa mesmo sem a obtenção dos dados que seriam compartilhados, chega-se à conclusão de que a medida não respeita o critério de necessidade. Por fim, conforme o voto do Min. Gilmar Mendes, a MP “é altamente deficitária na fixação de salvaguardas mínimas para a garantia da privacidade dos usuários de serviços de telefonia no Brasil.”⁵⁴

Diante disso, em que pese a pluralidade de fundamentos da inconstitucionalidade, com alguns votos amparando-a no direito à privacidade, outros na autodeterminação informativa como direito de personalidade, e outros no direito autônomo à proteção de dados, a conclusão do julgamento foi, por maioria (10 votos a 1, com a divergência do Min. Marco Aurélio), por suspender a eficácia da MP. Posteriormente, as ADIs foram extintas sem julgamento de mérito, diante do término do prazo da MP sem conversão em lei.

⁵² Quanto a isso, destaca-se que, no caso do Censo, decidiu o Tribunal Constitucional Federal que, tratando-se de dados para fins estatísticos, “no levantamento de dados para propósitos estatísticos não se pode exigir uma vinculação estrita e concreta de propósito dos dados”. Entretanto, enquanto na Alemanha os dados em questão eram os próprios dados coletados para fins estatísticos, no caso brasileiro os dados compartilhados não são os obtidos com a pesquisa para fins estatísticos, mas apenas dados que serão utilizados para a própria realização da pesquisa (nome, telefone e endereço de quem vai compor a amostra).

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.387*. Requerente: Conselho Federal da OAB. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 06 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=-.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2021. p. 22.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 116.

IV. Conclusão

Este trabalho teve como objetivo realizar análise comparativa entre a *Volkzählunsurteil* e a ADI 6.387, a fim de estudar a construção jurisprudencial de direito fundamental relacionado à proteção de dados e os reflexos da decisão alemã sobre a autodeterminação informativa na jurisprudência brasileira. A comparação foi feita através da análise individualizada dos julgados alemão e brasileiro, sendo possível tecer algumas considerações sobre a influência que a decisão alemã exerceu sobre a brasileira, bem como sobre as diferenças e similaridades da construção do direito fundamental.

Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que a decisão alemã é mencionada diversas vezes no acórdão, tendo sido expressamente cotejada pelos Min. Gilmar Mendes, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. Também o direito à autodeterminação informativa foi mencionado pelo Min. Edson Fachin, o que evidencia que a *Volkzählunsurteil* influenciou a jurisprudência brasileira. Isso fica ainda mais claro quando analisados os critérios expostos pelo STF como de observância obrigatória para que a limitação ao direito fundamental (privacidade ou proteção de dados) seja lícita, tendo em vista que são muito similares àqueles adotados na *Volkzählunsurteil*, quais sejam, fundamento legal claro, com finalidade expressa e medidas de segurança previstas, e proporcionalidade.

A análise comparativa também permitiu verificar a similaridade no contexto fático que ensejou as decisões, tendo em vista que ambas tratam de coleta de dados, por órgãos públicos, para fins de pesquisa estatística, embora, na Alemanha, os dados coletados fossem o próprio objeto de pesquisa, enquanto, no Brasil, se pretendesse que esses dados fossem utilizados para viabilizar a realização da pesquisa. Ademais, embora as decisões estejam separadas por quase 40 anos, as preocupações com a tecnologia e os perigos do processamento em massa de dados revelam-se em ambas as decisões.

Por outro lado, uma diferença a ser apontada entre as duas decisões analisadas é estrutural: enquanto na Alemanha a decisão analisada é um texto único, que representa a decisão tomada por todos os ministros, no Brasil o acórdão, de 161 páginas, é composto pelos votos separados dos 11 ministros – sendo que, além do voto da relatora e do único voto contrário, dos 9 ministros que acompanharam o voto, 7 acrescentaram razões próprias. Assim, embora tenha havido consenso quanto à inconstitucionalidade, não há igual consenso em torno de qual o direito fundamental que a ensejou.

Assim, não se nega que houve, na ADI analisada, efetivo avanço da jurisprudência brasileira em favor da proteção constitucional dos dados. Entretanto, ainda é precário afirmar que há, no Brasil, um direito autônomo à proteção

de dados, tendo em vista que esse posicionamento foi expresso por apenas 2 dos 11 ministros do STF.⁵⁵ De fato, o reconhecimento jurisprudencial de um direito fundamental não expresso na Constituição é possível, estando essa possibilidade inclusive prevista no art. 5º, §2º da CF, mas o caminho a ser trilhado para seu reconhecimento não é simples. É muito menos controversa a abordagem adotada pela Relatora e pelos ministros que a acompanharam, de interpretar extensivamente direitos já previstos na Constituição, como a inviolabilidade da vida privada e o sigilo de dados.

Diferentemente, na Alemanha, quando proferida a *Volkszählungsurteil*, já estava consolidado o Direito Geral de Personalidade como cláusula aberta, ou seja, já havia porta aberta que possibilita tanto o alargamento do DGP para abranger novas áreas, como também o reconhecimento de novos direitos fundamentais relacionados à proteção da personalidade. Diante disso, é possível concluir que, enquanto no Brasil, o reconhecimento de um novo direito fundamental depende, como disse o Min. Gilmar Mendes, da atualização e da reconceitualização da força normativa da Constituição; na Alemanha, basta que se aplique o DGP, que, à luz da dignidade humana, tutela todas as áreas da personalidade que precisem de proteção constitucional.

A MP 954/20 demonstrou a necessidade urgente de constitucionalização da proteção de dados, tendo em vista que, cada vez mais, as violações poderão partir do próprio Poder Público no exercício das suas funções de legislar e governar. Nesse ponto, não basta apenas a interpretação extensiva dos direitos à privacidade ou sigilo: é imprescindível o reconhecimento de um direito autônomo de proteção de dados, que confira não apenas defesa do cidadão perante o Estado, mas também entre particulares (eficácia horizontal) e constitua verdadeiro dever de proteção do Estado (dimensão objetiva).

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). *Anatel divulga balanço dos serviços de telecomunicações de 2019*. [Brasília]: Anatel, 2020.

ALBERS, Marion. Realizing the Complexity of Data Protection. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; HERT, Paul de. (eds). *Reloading Data Protection*. Dordrecht: Springer, 2014. p. 213-235. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-94-007-7540-4_11. Acesso em: 07 jan. 2021.

⁵⁵ Atualmente, aguarda promulgação a Proposta de Emenda Constitucional n. 17/2019 já aprovada, que acresce o seguinte inciso ao art. 5º da Constituição Federal: "LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais". Assim, quando tal emenda for promulgada, estará positivado no Brasil o direito fundamental à proteção dos dados pessoais.

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. *Medida provisória n. 954, de 17 de abril de 2020*. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações [...]. Brasília: Presidência da República, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954impresao.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. *Exposição de motivos da medida provisória n. 954, de 17 de abril de 2020*. Brasília: Presidência da República, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-954-20.pdf. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Instrução normativa n. 2, de 17 de abril de 2020*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, ed. 76, p. 24, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-2-de-17-de-abril-de-2020-253341223>. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.387*. Requerente: Conselho Federal da OAB. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 06 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.387*. Petição inicial. Brasília, 19 de abril de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5895165>. Acesso em: 07 jan. 2021.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Beschluss des Volkszählungsgesetzes 1983*. Archiv. [s. l.], 2012. Disponível em: https://www.bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2012/38024038_kw10_kalender_volkszaehlung-207898. Acesso em: 07 jan. 2021.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I*. Beschluss des Ersten Senats vom 06. November 2019. Karlsruhe, 2019. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs20191106_1bvr001613.html. Acesso em: 07 jan. 2021.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *1 BvR 2027/02*. Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. Oktober 2006. Karlsruhe, 2006. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rk20061023_1bvr202702.html. Acesso em: 07 jan. 2021.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *1 BvR 209/83 – Volkszählung*. BVerfGE 65, 1 – 71. Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983. Karlsruhe, 1983. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html. Acesso em: 07 jan. 2021.

EPPING, Volker. *Grundrechte*. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2019. (Springer-Lehrbuch). *E-book*.

FRANZIUS, Claudio. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*, [s.l.], v. 8, n. 3, p. 259-270, 2015.

GUSY, Christoph. Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz: Fortführung oder Neuanfang?. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, [s.l.], v. 83, n. 1, p. 52-64, 2000.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria Geral do Direito Digital*. São Paulo: Forense, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*. Notas técnicas. Versão 1.5. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101651_notas_tecnicas.pdf. Acesso em: 07 jan. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2018*. [s.l.]: IBGE, 2020a. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf. Acesso em: 07 jan. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *IBGE começa coleta por telefone da PNAD Covid em mais de 190 mil domicílios*. [s.l.]: IBGE, 2020b. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27552-ibge-comeca-coleta-por-telefone-da-pnad-covid-em-mais-de-190-mil-domicilios#:~:text=As%20entrevistas%20duram,%20aproximadamente,%2010,RG%20ou%20CPF%20do%20entrevistador>. Acesso em: 07 jan. 2021.

LANG, Heinrich. “Die Grundrechte (Art. 1–19).” In: EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian (org.). *Beck’scher Online-Kommentar Grundgesetz*. 43. ed. München: C. H. Beck, 2020. *E-book*.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar*, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez. 2020. DOI: 10.5020/2317-2150.2020.10828.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018. DOI: 10.30899/dfj.v12i39.655.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. O Direito Fundamental à Autodeterminação Informativa. In: CONPEDI/UFF (org.). *Direitos fundamentais e democracia II*. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 410-438. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=124>. Acesso em: 07 jan. 2021.

ROUVROY, Antoinette; POULLET, Yves. The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development. *In*: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves. DE HERT, Paul TERWANGNE, Cécile de; NOUWT, Sjaak (ed.). *Reinventing data protection*. [s.l.]: Springer, 2009. DOI 10.1007/978-1-4020-9498-9.

– Parte III –
***Excursus:* estudos de direito alemão
e norte-americano**

Rechtsfragen des Fördermechanismus der Investitionsmaßnahme gem. § 23 ARegV unter besonderer Berücksichtigung des t-0-Verzugs

Thorben Riemann*

Inhaltsverzeichnis: I. Einleitung. II. Die Anreizregulierung im Gefüge des Energierechts. 1. Die Regulierungsbedürftigkeit des Energiesektors. 2. Die Anreizregulierung als Entgeltregulierung. a) Grundkonzept der Anreizregulierung. b) Nachteile der Anreizregulierung. aa) Notwendigkeit von Investitionen. bb) Nachteile der Anreizregulierung in Bezug auf Investitionen. III. Die Investitionsmaßnahme, § 23 ARegV. 1. Allgemeines. 2. Sonderrolle von ÜNB und FLNB. 3. Voraussetzungen. 4. Auswirkungen der Genehmigung. a) Erhöhung der Erlösobergrenze. aa) Bisherige Rechtslage. bb) Derzeitige Rechtslage. b) Der Effizienzvergleich. c) Genehmigungsdauer. aa) Rechtmäßigkeit der Befristung. bb) Aktuelle Rechtslage. cc) Kritik in Bezug auf den Fördermechanismus. 5. Abzugsposten, § 23 Abs. 2a ARegV. a) Allgemeines. b) Rechtmäßigkeit. c) Kritik. 6. Die Wirkung der Regelbeispiele. IV. Der Netzentwicklungsplan. V. Systematische Besonderheit. IV. Fazit.

I. Einleitung

Die Netzindustrien durchlaufen seit den Liberalisierungsbestrebungen der Europäischen Union verschiedene Phasen staatlicher Regulierung, um die monopolistisch geprägten Strukturen aufzubrechen. Für diesen Eingriff bedient sich der Staat unter anderem einer ausdifferenzierten Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung, die für das Entstehen von Wettbewerb sorgen soll. Durch diesen sollen geringere Strom- und Gaspreise auf dem Endkundenmarkt bei gleichzeitig höherer Wohlfahrt erreicht werden. Durch die Monopolstellung und die erzielbare Monopolrendite haben sich in der Vergangenheit ineffiziente (Kosten-)Strukturen bei den Netzbetreibern verfestigt.

* Acadêmico da Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, em intercâmbio acadêmico (2021-2022) junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sob tutoria da professora Dr^a Ms. Lisiane Feiten Wingert Ody.

Zum Abbau dieser in den Monopolbereichen bestehenden Ineffizienzen wird zunehmend auf eine Anreizregulierung gesetzt, um regulierte Unternehmen zu effizientem Verhalten und damit zu Kostensenkungen anzuhalten, die im Anschluss an die Netznutzer weitergegeben werden können.

Gleichzeitig steht der leitungsgebundene Energiesektor nicht zuletzt aufgrund der Energiewende vor großen investiven Herausforderungen. Die bestehenden Netze müssen durch einen massiven Netzausbau auf die steigende Zahl dezentraler Einspeisepunkte ausgerichtet werden, um den Übergang auf überwiegend regenerative Energiequellen zu ermöglichen und die Versorgungssicherheit nicht zu gefährden. Das entstehende Investitionsbedürfnis steht in einem Spannungsverhältnis zu dem Ziel einer gesteigerten Effizienz. Es bedarf daher besonderer Instrumente, um Anreize zu setzen, damit die regulierten Unternehmen die erforderlichen Investitionen in die Netze tätigen. Eines dieser Instrumente ist die Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV, die den Netzbetreibern die Vornahme bestimmter Investitionen ermöglichen soll. Sie bewegt sich damit in der Schnittstelle zwischen den verschiedenen energiepolitischen Zielen. Im Jahr 2012 erfuhr die Investitionsmaßnahme durch die Abschaffung des Zeitverzuges beim Refinanzierungsbeginn der Investitionen eine Änderung, die wesentliche Auswirkungen auf die Investitionsanreize des § 23 ARegV hatte und den Fördermechanismus maßgeblich beeinflusste.

Nach einer kurzen Einführung in den regulierungsbedürftigen Energiesektor (B) widmet sich die Arbeit der Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV (C). An die allgemeine Einordnung schließen sich Ausführungen zu spezifischen Fragen des Fördermechanismus unter besonderer Berücksichtigung des t-0-Verzuges an, die sodann in Überlegungen zum Netzentwicklungsplan (D) münden. Zuletzt wird die systematische Besonderheit der Investitionsmaßnahme herausgearbeitet (E).

II. Die Anreizregulierung im Gefüge des Energierechts

1. Die Regulierungsbedürftigkeit des Energiesektors

Der Energiesektor ist in besonderem Maße monopolistisch geprägt. Beim Transport von Strom und Gas muss auf bestehende Transportnetze zurückgegriffen werden. Aufgrund der hohen Investitionskosten zur Errichtung dieser Netze, die im Verlauf zum großen Teil regelmäßig nicht refinanziert werden können, also irreversibel sind, stellen die Transportnetze ein

sog. *natürliches Monopol* dar.¹ Die Entstehung von Wettbewerb ist in einer nicht regulierten Umgebung aufgrund der faktischen Kontrolle des natürlichen Monopolisten und der hohen Marktzutrittschranken für potentielle Konkurrenten nicht möglich.² Zudem besteht eine erhebliche Einflussmöglichkeit des Monopolisten auf die vor- und nachgelagerten Märkte: Die Stromerzeuger bzw. Gasgewinner sind auf den Anschluss an das bestehende Netz angewiesen, Strom- und Gasversorger benötigen einen Zugang zum Netz, um die Endkunden beliefern zu können.³ Das Transportnetz begründet ein *bottleneck*.⁴ Die Leitungsgebundenheit⁵ der Netzindustrien führt dazu, dass der Inhaber bzw. Betreiber der nicht duplizierbaren Infrastruktur über beträchtliche Marktmacht verfügt und diese durch Diskriminierung anderer Marktteilnehmer zur Verhinderung von Wettbewerb auf vor- und nachgelagerten Märkten ausnutzen kann.⁶ Die Diskriminierungsgefahr besteht im Besonderen bei vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, welche sowohl in den Wettbewerbsbereichen Energieerzeugung bzw. -gewinnung und/oder Energievertrieb als auch im Monopolbereich des Transportes tätig sind und ihren verbundenen Unternehmen insbesondere durch Quersubventionierungen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen können.⁷ Da der Monopolist wegen der fehlenden Marktdisziplinierung seine gesamten Kosten in Form höherer Entgelte auf die Netznutzer bzw. Endkunden überwälzen kann, besteht für ihn kein Interesse an kostensenkenden Maßnahmen oder zum Abbau bestehender Ineffizienzen – der Markt versagt.⁸ Als Korrektiv dieses Marktversagens folgt die Regulierung folgt nun der Erkenntnis, dass regulatorische Eingriffe im Monopolbereich automatisch zu Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Märkten führen.⁹ Im Energiesektor bedeutet dies eine Regulierung der die Transportnetze als natürliche Monopolisten betreibenden Unternehmen, um potentiellen Wettbewerbern den Marktein-

¹ *Eckhoff/Jänsch/Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 2 Rn. 9; *Kühling*, Energierecht, Kap. 1 Rn. 2.

² *Schmidt-Preuß*, Recht der Regulierung, 68 (70 f.); *Grün*, Entgeltregulierung, S. 24.

³ *Haucap/Coenen/Holznapel/Schütz*, Einf. Rn. 18.

⁴ *Schmidt-Preuß*, Recht der Regulierung, 68 (69); vgl. auch *ders.*, RdE 2019, 149 (154).

⁵ Zum Begriff vgl. *Britz/Fehling/Ruffert*, § 9 Rn. 15; *Grün*, Entgeltregulierung, S. 23, 54.

⁶ *Klees*, EnWR, Kap. 1 Rn. 145; *Schmidt-Preuß/BerlKommEnR 1/1*, Einl. B Rn. 91; *Dirnberger et al./PdKBund D 3*, 4.2.2.

⁷ *Klees*, EnWR, Kap. 1 Rn. 145; *Säcker*, AöR 130 (2005), 180 (184); *Schuler*, Investitionsmaßnahme S. 45.

⁸ *Pedell/Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 79 Rn. 1; *Schmidt-Preuß/BerlKommEnR 1/1*, Einl. B Rn. 31; *Brüning*, DVBl. 2016, 1349 (1349 f.).

⁹ *Schmidt-Preuß/BerlKommEnR 1/1*, Einl. B Rn. 31; *Matz/Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 77 Rn. 10.

stieg zu ermöglichen und letztlich eine höhere Wohlfahrt durch Steigerung der Versorgungssicherheit (auch durch Effizienzsteigerungen)¹⁰ bei geringeren Preisen zu erreichen.¹¹ Versagt der Markt, ermöglicht die Simulation von Wettbewerb durch Regulierung wettbewerbsanaloge Entgelte zu Lasten des Monopolisten.¹² Dies führt zu dem Paradox des Regulierungsrechts der Erreichung von *Freiheit durch Zwang*.¹³

Um Wettbewerb herbeizuführen, bedarf es neben der Entflechtung der vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen¹⁴ vor allem einer Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung.¹⁵ Der Zugangsanspruch bildet das *Herzstück*¹⁶ der Regulierung, wobei den Netzentgelten zur Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Wettbewerbes aufgrund der Möglichkeit des Monopolisten zur Erhebung prohibitiv hoher Netzentgelte eine integrale Bedeutung zukommt.¹⁷ Maßgeblicher Parameter ist die Höhe des Entgeltes: Zu hoch angesetzte Entgelte verhindern den Markteintritt potentieller Wettbewerber, durch zu geringe Entgelte verbleibt dem Netzbetreiber hingegen keine angemessene Rendite, wodurch die Vornahme der zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit notwendigen Investitionen verhindert und gleichzeitig das grundrechtliche Gebot der Substanzerhaltung verletzt wird.¹⁸ Der Entgeltregulierung kommt daher die essentielle Bedeutung zu, diese unterschiedlichen Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.¹⁹

2. Die Anreizregulierung als Entgeltregulierung

Nach § 21 Abs. 2 EnWG erfolgt die Bestimmung der Entgelte auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten

¹⁰ Vgl. *Schmidt-Preuß*, Recht der Regulierung, 68 (73).

¹¹ *Burgi*, DVBl. 2006, 269 (271 f.); *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 48.

¹² *Schmidt-Preuß*, Recht der Regulierung, 68 (72); *Groebel/Britz/Hellermann/Hermes*, § 21 EnWG Rn. 56.

¹³ *Schmidt-Preuß/BerlKommEnR* 1/1, Einl. B Rn. 32; *ders.*, Recht der Regulierung, 68 (93).

¹⁴ Vgl. *Säcker/BerlKommEnR* 1/1, Einl. A Rn. 26; *Kühling*, Energierecht, Kap. 1 Rn. 2.

¹⁵ *Schmidt-Preuß*, Recht der Regulierung, 68 (72); vgl. zur historischen Entwicklung *Büdenbender*, et 9/2005, 642; *Haucap/Coenen/Holznapel/Schütte*, Einf. Rn. 89.

¹⁶ *Ludwigs/Ruffert*, § 5 Rn. 178; *ders.*, JZ 2009, 290 (291); *Schmidt-Preuß*, RdE 2017 (Sonderheft), 3 (4); *ders.*, Recht der Regulierung, 68 (81).

¹⁷ *Matz/Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 77 Rn. 10; *Brüning*, DVBl. 2016, 1349 (1350).

¹⁸ *Schmidt-Preuß*, IR 2004, 146 (147); *ders.*, Recht der Regulierung, 68 (83); *Kühling*, Energierecht, Kap. 4 Rn. 2.

¹⁹ *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 49; vgl. auch *Mohr*, Zugangs- und Entgeltregulierung, 94 (104 ff.).

und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen müssen, unter Berücksichtigung von Anreizen für eine effiziente Leistungsbereitstellung und einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoadäquaten Verzinsung des Kapitals. Die *Effizienz* wird dabei zum wesentlichen Faktor der Entgeltregulierung erhoben.²⁰ Die auf Grundlage des § 21a Abs. 6 EnWG zum 1.1.2009 eingeführte Anreizregulierungsverordnung (ARegV) stellt die dynamische Fortführung²¹ sowie regulatorische Verkörperung dieses Effizienzmaßstabes und die Basis der energierechtlichen Entgeltregulierung dar.²²

a) Grundkonzept der Anreizregulierung

Nach § 21a Abs. 2 S. 1 EnWG enthält die Anreizregulierung Vorgaben zur Bildung von Obergrenzen für die Dauer einer Regulierungsperiode – diese beträgt zurzeit fünf Jahre, § 3 Abs. 2 ARegV – unter Berücksichtigung von Effizienzvorgaben, die in der Regel für die Höhe der Netzzugangsentgelte oder die Gesamterlöse aus Netzzugangsentgelten gebildet werden. Wie sich aus § 4 ARegV ergibt, hat sich der Ordnungsgeber für die Einführung einer Erlösobergrenzenregulierung (sog. *Revenue-Cap-Regulierung*) entschieden.²³ § 21a Abs. 1 EnWG folgend setzt die Anreizregulierung Anreize für eine effiziente Leistungsbereitstellung, um den fehlenden Wettbewerb auf Netzebene durch eine effizienzorientierte Regulierung zu ersetzen.²⁴

Maßgebliches Charakteristikum der Anreizregulierung ist die periodische Entkoppelung der Netzentgelte von den tatsächlichen Netzkosten.²⁵ Zu Beginn einer jeden Regulierungsperiode wird dem regulierten Unternehmen für jedes Jahr der Regulierungsperiode *ex-ante* eine unternehmensindividuelle Erlösobergrenze festgesetzt (vgl. § 4 Abs. 2 ARegV), die ein Netzbetreiber durch die Netzzugangsentgelte maximal vereinnahmen darf.²⁶ Dazu erfolgt eine Kostenprüfung im vorletzten Kalenderjahr *t* vor Beginn der nächsten

²⁰ Schmidt-Preuß, *Recht der Regulierung*, 68 (82).

²¹ Vgl. Schmidt-Preuß, *Recht der Regulierung*, 68 (82); Säcker/Meinzenbach, *RdE* 2009, 1 (3); Groebel/Britz/Hellermann/Hermes, § 21 EnWG Rn. 32.

²² Kühling, *Energierrecht*, Kap. 4 Rn. 1; Theobald/Theobald, *Grundzüge EnWR*, S. 283; Vgl. zur europarechtlichen Determinierung Schmidt-Preuß/BerlKommEnR 1/1, Einl. B Rn. 98.

²³ Theobald/Theobald, *Grundzüge EnWR*, S. 284; zu weiteren Formen der Regulierung Säcker, *N&R* 2009, 78 (82).

²⁴ Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 80 Rn. 1; Britz/Fehling/Ruffert, § 9 Rn. 76.

²⁵ *BNetzA*, Bericht nach § 112a EnWG, Rn. 165 f.; Schmidt-Preuß, *RdE* 2019, 149 (155); Mohr, *RdE* 2017, 273 (274).

²⁶ Dirnberger et al./PdK-Bund D 3, 4.2.2.2.

Regulierungsperiode auf Basis des zuletzt abgeschlossenen Geschäftsjahres (sog. *Basisjahr*, t_0), § 6 Abs. 2 S. 3, 4 ARegV.²⁷ Auf dieser Grundlage wird dem regulierten Unternehmen mit der Erlösobergrenze ein individueller Erlöspfad vorgegeben, der die Effizienzvorgaben abbildet, die sich durch einen bundesweiten Effizienzvergleich zum effizientesten Netzbetreiber (dem *Frontier-Unternehmen*)²⁸ bestimmt, §§ 12, 22 ARegV.²⁹ Übertrifft dieser die ihm gesetzten Effizienzvorgaben zum Abbau der ermittelten Ineffizienzen, kann die entstehende Differenz zwischen den tatsächlichen Kosten und der Erlösobergrenze als Gewinn vereinnahmt werden.³⁰ Bleibt der Netzbetreiber hinter den Effizienzvorgaben zurück, wirkt sich dies gewinnmindernd aus.³¹ § 21a Abs. 5 S. 4 EnWG bestimmt, dass die Effizienzvorgaben durch Maßnahmen des Netzbetreibers erreicht und übertroffen werden können müssen. Die Anreizregulierung macht sich damit das Gewinnstreben der Unternehmen zu eigen³² und setzt so den namensgebenden Anreiz zu Effizienzsteigerungen zur Maximierung des möglichen Gewinns.³³ Die Kostensenkungen werden in der folgenden Regulierungsperiode durch Absenkung der Erlösobergrenze an die Netznutzer in Form geringerer Netzzugangsentgelte weitergegeben.³⁴ Durch diesen Mechanismus wird die effizienzsteigernde Wirkung funktionsfähigen Wettbewerbes simuliert.³⁵

Zentrale Frage bei der Bestimmung der Erlösobergrenze ist die Unterscheidung zwischen dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten auf der einen und vorübergehend nicht beeinflussbaren sowie beeinflussbaren Kosten auf der anderen Seite.³⁶ Denn die in § 11 Abs. 2 ARegV abschließend aufgelisteten dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten fließen gem. §§ 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2 ARegV nicht in den Effizienzvergleich ein, sondern werden durch Erhö-

²⁷ Lütke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 63.

²⁸ Schmidt-Preuß, *Recht der Regulierung*, 68 (82).

²⁹ Mohr, RdE 2017, 273 (274); Schütz/Schreiber/Holznapel/Schütz, § 21a EnWG Rn. 186.

³⁰ Schütz/Schreiber/Holznapel/Schütz, § 21a EnWG Rn. 80.

³¹ Mohr, RdE 2017, 273 (274).

³² Schuler, RdE 2020 (Sonderheft), 57 (61).

³³ Pedell/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 79 Rn. 9; Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 80 Rn. 8.

³⁴ Broemel, *Regulierung*, S. 238; Berndt, *Anreizregulierung*, S. 153.

³⁵ Dirnberger et al./PdK-Bund D 3, 4.2.2.2; Groebel/Horstmann/Holznapel/Schütz, Einf. Rn. 203; Säcker, AöR 130 (2005), 180 (205).

³⁶ Pedell/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 79 Rn. 39.

hung der Erlösobergrenze direkt an die Netznutzer weitergegeben³⁷ und der Anreizwirkung entzogen.³⁸ Andernfalls würde das regulierte Unternehmen durch die Gewinnverminderung die Risiken dieser Kosten tragen, ohne auf sie effizienzsteigernd einwirken zu können.³⁹ Festzuhalten ist jedoch, dass die Kosten nach § 21a Abs. 6 S. 2 Nr. 7 EnWG lediglich als dauerhaft nicht beeinflussbar *gelten*:⁴⁰ Wegen der Einschätzungsprärogative des Verordnungsgebers können beeinflussbare Kosten den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten zugeordnet werden, um diese von der Anreizwirkung auszunehmen; es handelt sich um eine *normative Fiktion*.⁴¹ Im entgegengesetzten Fall ergibt sich die Verpflichtung zur Anerkennung objektiv nicht beeinflussbarer Kosten bereits aus § 21a Abs. 4 EnWG;⁴² die dargestellte Anreizwirkung liefe hier ohnehin ins Leere.⁴³

b) Nachteile der Anreizregulierung

aa) Notwendigkeit von Investitionen

Die Netzzugangsentgeltregulierung muss gem. § 1 Abs. 2 EnWG so ausgestaltet sein, dass der langfristig angelegte leistungsfähige und zuverlässige Betrieb der Energieversorgungsnetze gesichert ist. Es muss demnach gewährleistet sein, dass die für den Netzbetrieb notwendigen Investitionen getätigt werden, die die zuverlässige Energieversorgung sicherstellen.⁴⁴ Neben den notwendigen Instandhaltungen sorgt auch die im Jahr 2011 ausgerufene sog. *Energiewende* für ein steigendes Investitionsbedürfnis.⁴⁵ Bisher war das Netz auf die Einspeisung von Strom an zentralen Einspeisepunkten ausgerichtet. Durch die Umstellung auf vorwiegend erneuerbare Energien kommt es zu

³⁷ Kühling, *Energierrecht*, Kap. 4 Rn. 25, 55; Pedell/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 79 Rn. 37; Theobald/Theobald, *Grundzüge EnWR*, S. 301 f.

³⁸ Broemel, *Regulierung*, S. 235.

³⁹ BT-Drs. 15/5268, S. 120; Pedell/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 79 Rn. 37; Schütz/Schreiber/Holznapel/Schütz, § 21a EnWG Rn. 158; Strobel, *Investitionspflichten*, S. 423.

⁴⁰ Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 82 Rn. 2.

⁴¹ Schütz/Schreiber/Holznapel/Schütz, § 21a EnWG Rn. 152; OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 17.2.2010 – VI-3 Kart 4/09 (V) – ZNER 2010, 398 (399)*.

⁴² OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 17.2.2010 – VI-3 Kart 4/09 (V) – ZNER 2010, 398 (399)*.

⁴³ Vgl. dazu BGH, *Beschl. v. 9.7.2013 – EnVR 37/11, Rn. 17 – KNS*.

⁴⁴ Berndt, *Anreizregulierung*, S. 190; Britz/Fehling/Ruffert, § 9 Rn. 7.

⁴⁵ Groebel/Horstmann/Holznapel/Schütz, *Einf. Rn. 191*; Kühling, *Energierrecht*, Kap. 4 Rn. 2.

einer vermehrten Dezentralität der Stromeinspeisung: Statt den Strom wie bisher von zentralen Kohle- und Atomkraftwerken in das Netz einzuspeisen, müssen nun die verschiedenen, dezentralen Erzeuger erneuerbarer Energien an das Netz angebunden und der Strom im Anschluss zu den Verbrauchszentren transportiert werden.⁴⁶ Auf diese Umstellung und den erforderlichen Transport ist das Netz bisher (noch immer) nicht ausgerichtet – es bedarf massiver Investitionen, um die erforderliche Netzstruktur zu errichten;⁴⁷ sonst droht ein Infrastrukturmangel.⁴⁸ Der Netzausbau ist daher die größte *Baustelle* der Energiewende.⁴⁹

Die Notwendigkeit von Investitionen ergibt sich auch aus dem Ziel der Europäischen Union, den Netzausbau zur Verbesserung der Versorgungssicherheit und zur Verwirklichung eines europäischen Binnenmarktes für Energie voranzutreiben.⁵⁰

bb) Nachteile der Anreizregulierung in Bezug auf Investitionen

Zentraler Ansatz der Anreizregulierung ist – wie oben dargestellt – der Abbau überhöhter Gewinnmargen und Ineffizienzen beim Netzbetrieb.⁵¹ Primäre Ausrichtung der Anreizregulierung ist damit die Ausnutzung von Kostensenkungspotenzialen zur Realisierung zusätzlicher Gewinne.⁵² In welchem Bereich Einsparungen vorgenommen werden, ist im Verfahren der ARegV grundsätzlich ohne Belang.⁵³ Investitionskürzungen und Einsparungen bei der Erhaltung und dem Ausbau der Netze werden begünstigt, denn die Nichtvornahme von Investitionen führt zu einer kurzfristigen Renditerhöhung zu Lasten der langfristigen Versorgungssicherheit und -qualität.⁵⁴

⁴⁶ Booz, RdE 2018, 63 (64); Strobel, Investitionspflichten, S. 52 f.; vgl. auch *Monopolkommission*, Sondergutachten 71, 2015, Rn. 266.

⁴⁷ Korte/Gawel, IR 2013, 250 (251 f.); Säcker, N&R 2009, 78 (85).

⁴⁸ Schütz/Schreiber/Holznapel/Schütz, § 21a EnWG Rn. 84.

⁴⁹ Klees, EnWR, Kap. 2 Rn. 93.

⁵⁰ Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 35; vgl. auch *Kommission*, Europa 2020, KOM(2010) 2020 endg., S. 17 ff.; zur Energieunion siehe auch Gundel/Daues/Ludwigs, HdB EU-WirtR, Kap. M. Rn. 163 ff.

⁵¹ Schendel, IR 2011, 242 (242).

⁵² Broemel, Regulierung, S. 235; Theobald/Theobald, Grundzüge EnWR, S. 305.

⁵³ Broemel, Regulierung, S. 245; In Bezug auf die Versorgungsqualität vgl. auch Meinzenbach, Anreizregulierung als Instrument, S. 229 f.

⁵⁴ Burgi, Regulierung, Investitionsfreiheit und technischer Wettbewerb, 143 (156); Berndt, Anreizregulierung, S. 193; vgl. auch *BNetzA*, Bericht nach § 112a EnWG, Rn. 558;

Im System der Anreizregulierung tritt ein weiterer investitionshemmender Effekt hinzu, der sich aus der Unterscheidung von beeinflussbaren bzw. vorübergehend nicht beeinflussbaren und dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen ergibt. Beeinflussbare und vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile werden – im Gegensatz zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen – nicht jährlich, sondern grundsätzlich lediglich alle fünf Jahre bei der Festlegung der Erlösobergrenze für die kommende Regulierungsperiode ermittelt, §§ 4 Abs. 2 S. 1, 6 Abs. 1 ARegV.⁵⁵ Investitionskosten, die nach dem der Erlösobergrenze zugrunde gelegten Basisjahr entstehen und diesen Kostenanteilen zugeordnet werden, können somit im Grundsatz erst in der nächsten Regulierungsperiode berücksichtigt werden.⁵⁶ Dauert die Regulierungsperiode fünf Jahre, kommt es in Verbindung mit der Kostenprüfung auf Grundlage des Basisjahres zu einem Zeitverzug von bis zu sieben Jahren; dieser entstehende t-7-Verzug wird als *negativer Sockeleffekt* bezeichnet.⁵⁷

Zur Auflösung des der Anreizregulierung inhärenten Zielkonflikts und Zeitverzuges bedarf es daher investitionsfördernder Elemente, um Anreize zur Vornahme der erforderlichen Investitionen zu schaffen.⁵⁸ Die ARegV sieht verschiedene Investitionsförderinstrumente vor, um diesen Nachteilen entgegenzutreten, wobei die auf § 21a Abs. 6 S. 2 Nr. 8 EnWG basierende Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV für Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) und Fernleitungsnetzbetreiber (FLNB) das bedeutendste Instrument für ihre Investitionstätigkeit darstellt.⁵⁹

III. Die Investitionsmaßnahme, § 23 ARegV

1. Allgemeines

§ 23 Abs. 1 ARegV eröffnet den ÜNB und FLNB die Möglichkeit, Investitionsmaßnahmen bei der Bundesnetzagentur (BNetzA) als zuständige Regulierungsbehörde zu beantragen. Das Instrument der Investitionsmaßnahme ist zwar grundsätzlich auch den Verteilernetzbetreibern zugänglich,

⁵⁵ Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 86 Rn. 2.

⁵⁶ Strobel, Investitionspflichten, S. 421.

⁵⁷ Vgl. Stelter, EnWZ 2017, 147 (147 f.); Mohr, RdE 2017, 273 (274).

⁵⁸ Broemel, Regulierung, S. 245.

⁵⁹ Schendel, IR 2011, 242 (243); Burgi, Regulierung, Investitionsfreiheit und technischer Fortschritt, 143 (157).

vgl. § 23 Abs. 6, 7 ARegV. Aufgrund der Übergangsregelung des § 34 Abs. 7 ARegV gilt dies hingegen nur noch bis zum Ablauf der zweiten Regulierungsperiode (31.12.2018 für Strom und 31.12.2017 für Gas), sodass § 23 Abs. 6 und 7 ARegV in der aktuellen dritten Regulierungsperiode keinen Anwendungsbereich mehr haben.⁶⁰ Investitionen von Verteilernetzbetreibern werden seit der ARegV-Novelle 2016 über den Kapitalkostenabgleich nach § 10a ARegV berücksichtigt, der für ÜNB und FLNB nicht gilt.⁶¹

Der Fokus liegt daher auf den ÜNB und FLNB, die in der Anreizregulierung eine Sonderrolle einnehmen (II). Nach einer anschließenden Darstellung der von § 23 ARegV aufgestellten Voraussetzungen (III) beschäftigt sich dieser Teil intensiv mit den Auswirkungen der Genehmigung in Bezug auf den Fördermechanismus (IV), um mit dem Abzugsposten (V) und den Regelbeispielen (VI) sodann einzelne Rechtsfragen näher zu beleuchten.

2. Sonderrolle von ÜNB und FLNB

Die dargestellten Herausforderungen des Netzausbaus im Zuge der Energiewende treffen vor allem die ÜNB.⁶² Die zusätzlichen Aufgaben der Verwirklichung eines europäischen Elektrizitätsnetzes, die Einspeisung von Strom aus regenerativen Energiequellen und der damit zusammenhängenden Verlagerung der Erzeugungsstandorte erfordern neue Übertragungskapazitäten und Umstrukturierungen der bestehenden Netze auf der Höchstspannungsebene.⁶³ Für den Erfolg der Energiewende ist die Vornahme dieser Anpassungen ein wesentlicher Faktor.⁶⁴ Auch FLNB stehen vor ähnlichen Aufgaben: Gasaufkommensquellen sowie Transportflüsse verlagern sich und neue Gaskraftwerke müssen an das Transportnetz angeschlossen werden.⁶⁵ Die Regulierungsbehörde kann den Netzbetreibern daher verschiedene Investitionsverpflichtungen auferlegen (vgl. §§ 11 ff., 65 Abs. 2a EnWG), um den notwendigen Ausbau sicherzustellen.⁶⁶ Werden den Netzbetreibern jedoch Investitionsverpflichtungen auferlegt, gebieten bereits ihre Grundrechte die

⁶⁰ Hummel/Theobald/Kühling EnR, § 23 ARegV Rn. 73.

⁶¹ Vgl. zu den Investitionsbedingungen auf Verteilernetzebene *Gersemann*, EnWZ 2016, 531.

⁶² Zur Energiewende-Gesetzgebung vgl. *Säcker/BerlKommEnR* 1/1, Einl. A Rn. 37 f.

⁶³ *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 70.

⁶⁴ *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 35; *Strobel*, Investitionspflichten, S. 51 ff.; *Monopolkommission*, Sondergutachten 71, 2015, Rn. 526.

⁶⁵ *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 70.

⁶⁶ Vgl. zu den Investitionspflichten der ÜNB allg. *Strobel*, Investitionspflichten, S. 42 ff., 176 ff.

Gewährleistung einer (angemessenen) Refinanzierung.⁶⁷ Die Rolle der ÜNB und FLNB sind in Bezug auf die Sicherstellung der Versorgungssicherheit vergleichbar, was die gemeinsame regulatorische Sonderbehandlung in § 23 ARegV rechtfertigt.⁶⁸

3. Voraussetzungen

Genehmigungsfähig sind nach § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV lediglich Erweiterungs- bzw. Umstrukturierungsinvestitionen von ÜNB und FLNB. Es handelt sich um solche, soweit das bestehende Netz durch die Investition vergrößert wird bzw. wenn die Investition zu einer erheblichen Veränderung technischer Parameter führt, die nicht bloß unbedeutend ist.⁶⁹ Reine Ersatzinvestitionen, die zum Ersatz bereits bestehender (Alt-)Anlagen führen, werden von § 23 ARegV nicht erfasst⁷⁰ – diese sind vielmehr aus den allgemeinen Erlösen zu finanzieren.⁷¹ Die beantragten Investitionsvorhaben werden genehmigt, sofern die Maßnahmen zur Stabilität des Gesamtsystems, für die Einbindung in das nationale oder internationale Verbundnetz oder für einen bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes nach § 11 EnWG notwendig sind.⁷² Die Merkmale dieser energiewirtschaftlichen Notwendigkeit stehen gleichberechtigt nebeneinander; es ist daher hinreichend, aber auch notwendig, dass zumindest eines dieser Merkmale erfüllt ist.⁷³ Die in § 23 Abs. 1 S. 2 ARegV aufgelisteten Regelbeispiele enthalten eine nicht abschließende Aufzählung von Investitionen, die regelmäßig als notwendig in diesem Sinne anzusehen sind.⁷⁴ Gem. § 23 Abs. 2 ARegV sind Erlöse aus dem sog. Engpassmanagement kostenmindernd anzusetzen und die in den letzten drei Jahren der Genehmigungsdauer einer Investitionsmaßnahme entstandenen Betriebs- und Kapitalkosten sind nach § 23 Abs. 2a ARegV als Abzugsbetrag zu berücksichtigen;

⁶⁷ Schmidt-Preuß, Substanzerhaltung und Eigentum, S. 42, 48; ders., et 11/2003, 758 (761); Walther, Regulierung der Elektrizitätsnetzentgelte, S. 172; Richter/Schulze, NVwZ 2014, 835 (835 f.); Grün, Entgeltregulierung, S. 97 f.

⁶⁸ Vgl. auch BR-Drs. 417/07, S. 66.

⁶⁹ Lütke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 75; BGH, RdE 2014, 291 Rn. 13, 14.

⁷⁰ BNetzA, Leitfaden 2019, S. 4; F.-P. Hansen/BerlKommEnR 3/2, § 23 ARegV Rn. 17; Meinzenbach, Anreizregulierung als Instrument, S. 242.

⁷¹ BR-Drs. 417/07, S. 67; Lütke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 144.

⁷² Kühling, Energierecht, Kap. 4 Rn. 76.

⁷³ BNetzA, Leitfaden 2019, S. 4; Vgl. Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 89 ff.; Groebel/Britz/Hellermann/Hermes, § 21a EnWG Rn. 92.

⁷⁴ F.-P. Hansen/BerlKommEnR 3/2, § 23 ARegV Rn. 23.

§ 23 Abs. 2b ARegV regelt den projektspezifischen Ersatzanteil. § 23 Abs. 3 bis 5 ARegV enthalten formale Vorgaben zum Antrag, zum Genehmigungsverfahren sowie zur Genehmigung an sich.

4. Auswirkungen der Genehmigung

Erteilt die BNetzA die Genehmigung für eine Investitionsmaßnahme eines Netzbetreibers nach § 23 ARegV, werden die Kosten und Erlöse, die aus der Maßnahme entstehen, den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen zugerechnet, § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV.⁷⁵ Nach § 23 Abs. 1 S. 3 ARegV können die jeweiligen Betriebs- und Kapitalkosten von den Netzbetreibern geltend gemacht werden. Die Zuordnung zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen bewirkt zum einen die unmittelbare Erhöhung der Erlösobergrenze und zum anderen, dass die Effizienzvorgaben auf die Kosten und Erlöse zeitweise keine Anwendung finden.⁷⁶ Durch diesen Mechanismus erhöhen sich die Anreize zur Vornahme von notwendigen Investitionen, was gewährleisten soll, dass die ÜNB und FLNB ihren besonderen Aufgaben gerecht werden können (sog. *Fördermechanismus*).^{77,78}

a) Erhöhung der Erlösobergrenze

Durch § 23 ARegV wird der negative Sockeleffekt, also die zeitliche Verzögerung zwischen Investition und Erlöswirksamkeit reduziert bzw. beseitigt.⁷⁹ Der investitionshemmende t-7-Verzug wird korrigiert⁸⁰ und durch die unmittelbare Kostenanerkennung durch Geltendmachung der Betriebs- und Kapitalkosten in der jährlichen Anpassung der Erlösobergrenze ersetzt.⁸¹ Die Kosten werden unmittelbar, also ohne jeglichen Zeitverzug erlöswirksam (sog. *t-0-Verzug*).⁸²

Diese Rechtslage besteht indes erst seit der Änderung der ARegV im Jahr 2012. Zur Verdeutlichung der Wirkung der derzeitigen unmittelbaren

⁷⁵ Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 86 Rn. 9; Kühling, Energierecht, Kap. 4 Rn. 76.

⁷⁶ Strobel, Investitionspflichten, S. 423; Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 86 Rn. 9.

⁷⁷ Vgl. Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 165 f.; Schuler, RdE 2020 (Sonderheft), 57 (60).

⁷⁸ Lüdtk-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 88.

⁷⁹ Stelter, EnWZ 2017, 147 (148).

⁸⁰ Strobel, Investitionspflichten, S. 421.

⁸¹ Hummel/Theobald/Kühling EnR, § 23 ARegV Rn. 54.

⁸² Lüdtk-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 38;

Erlöswirksamkeit soll zunächst die bisherige Rechtslage beleuchtet werden, die eine zeitverzögerte Berücksichtigung der Kosten vorsah.

aa) Bisherige Rechtslage

Nach der alten Rechtslage wurden keine Investitionsmaßnahmen, sondern Investitionsbudgets für Betriebs- und Kapitalkosten⁸³ genehmigt, die zur Durchführung von Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen erforderlich waren.⁸⁴ Der Antrag eines Netzbetreibers wurde damit sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach von der BNetzA überprüft und genehmigt.⁸⁵ Die Kosten und Erlöse wurden den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten zugeordnet, sodass es ebenfalls zu einer jährlichen Anpassung der Erlösobergrenze kam. Abzustellen war dabei nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Teils. 2 ARegV a.F. hingegen auf die jeweils im vorletzten Kalenderjahr entstandenen Kosten, sodass die Investitionskosten erst mit einem Zeitverzug von zwei Jahren berücksichtigt werden konnten (sog. *t-2-Verzug*).⁸⁶ Im Vergleich zum Regelverfahren der ARegV wurde der negative Sockeleffekt durch diese Regelung von bis zu sieben auf zwei Jahre reduziert.⁸⁷ Da die Anpassung der Erlösobergrenze auf den tatsächlichen Kosten – die Gegenstand der *ex-ante* Kostengenehmigung durch die BNetzA waren⁸⁸ – beruhte, bedingte bereits der regulatorische Prüfungszeitraum zur Ermittlung der Ist-Kosten den zweijährigen Zeitverzug.⁸⁹

Die Reduktion des Zeitversatzes bei Netzinvestitionen im Vergleich zum Regelmodus der ARegV war grundsätzlich zu begrüßen, da sie zu einer erhöhten Investitions- und Planungssicherheit führte.⁹⁰ Aufgrund der bleibenden zweijährigen Verzögerung des Refinanzierungsbeginns einer Investition hatten die Netzbetreiber jedoch stets in Vorleistung zu gehen,

⁸³ Betriebskosten sind erst seit dem 9.9.2010 genehmigungsfähiger Bestandteil des § 23 ARegV.

⁸⁴ ARegV in der Fassung v. 29.10.2007, BGBl. I 2007, S. 2529; *F.-P. Hansen/BerlKommEnR 3/2*, § 23 ARegV Rn. 49.

⁸⁵ *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 38.

⁸⁶ *Meinzenbach/BerlKommEnR 1/2*, § 4 ARegV Rn. 6; *Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 82 Rn. 60.

⁸⁷ *Richter*, NVwZ 2009, 270 (272).

⁸⁸ Vgl. *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 91; *Theobald/Theobald*, Grundzüge EnWR, S. 306 f.

⁸⁹ *Agne/Finger/Hoffjan/Ufer*, et 11/2012, 64 (64).

⁹⁰ *Agne/Finger/Hoffjan/Ufer*, et 11/2012, 64 (64).

was Verluste bei der Verzinsung ihres eingesetzten Kapitals bedeutete.⁹¹ Diese sog. *Zinslücke*⁹² hatte ein Absinken der Kapitalwerte der regelmäßig besonders kapitalintensiven Investitionen zur Folge,⁹³ was wiederum einen erheblichen Liquiditätsverlust nach sich zog.⁹⁴ Die BNetzA erkannte die negativen Auswirkungen des t-2-Verzuges auf die Investitionsanreize und reagierte mit der Aufzinsung der jährlichen Kapitalkosten auf den Zeitpunkt des Kapitalrückflusses (sog. *barwertneutraler Ausgleich*), um die Zinslücke zu schließen.⁹⁵ Nach Auffassung des OLG Düsseldorf fehlte es der BNetzA für den barwertneutralen Ausgleich zur Kompensation des t-2-Verzuges allerdings an einer Rechtsgrundlage.⁹⁶ Der Zeitverzug sei in der ARegV angelegt und sehe keinen Ausgleich für die dadurch eintretenden Nachteile für Netzbetreiber vor.⁹⁷ Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf den erhöhten Investitionsbedarf entschied sich der Ordnungsgeber trotz verbliebener Bedenken in der Literatur⁹⁸ schließlich zur Abschaffung des t-2-Verzuges.⁹⁹

bb) Derzeitige Rechtslage

§ 23 ARegV wurde zum 22.3.2012 grundlegend geändert.¹⁰⁰ Auf Antrag des regulierten Unternehmens werden nunmehr Investitionsmaßnahmen anstatt Investitionsbudgets genehmigt; es findet mithin keine Prüfung und Genehmigung der Maßnahme der Höhe, sondern nur noch dem Grunde nach statt.¹⁰¹ Das Investitionsvolumen und die Berechnung der sich aus der Maßnahme ergebenden Kosten sind nicht mehr Gegenstand

⁹¹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 59, 2011, Rn. 348.

⁹² Vgl. auch *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 166.

⁹³ *Monopolkommission*, Sondergutachten 59, 2011, Rn. 348.

⁹⁴ So auch BR-Drs. 860/11, S. 5.

⁹⁵ *BNetzA*, Leitfaden 2010, S. 9; *Monopolkommission*, Sondergutachten 59, 2011, Rn. 348.

⁹⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.04.2011 - VI-3 Kart 15/10 (V) – juris Rn. 85.

⁹⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.04.2011 - VI-3 Kart 15/10 (V) – juris Rn. 85.

⁹⁸ *Schendel*, IR 2011, 242 (245); insb. zu der Gefahr einer unangemessenen Renditeerhöhung vgl. *Agne/Finger/Hoffjan/Ufer*, et 11/2012, 64 (65 ff.).

⁹⁹ Vgl. BR-Drs 860/11, S. 5, 7.

¹⁰⁰ *F.-P. Hansen/BerlKommEnR* 3/2, § 23 ARegV Rn. 7; Zur Änderung siehe BGBl. I 2012, S. 489.

¹⁰¹ *BNetzA*, Leitfaden 2019, S. 6; BR-Drs. 860/11, S. 8.

des Prüfungsumfanges der BNetzA; lediglich die Voraussetzungen des § 23 ARegV müssen vorliegen.¹⁰²

Bei Veränderung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile, also bei Entstehen der Investitionskosten, kann die Erlösobergrenze vom Netzbetreiber angepasst werden.¹⁰³ Gem. § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Teils. 3 ARegV n.F. wird dabei gleichwohl nicht mehr auf das vorletzte Kalenderjahr, sondern auf dasjenige abgestellt, auf das die Erlösobergrenze Anwendung finden soll.¹⁰⁴ Nach dieser Regelungssystematik erfolgt die Anpassung der Erlösobergrenze nicht auf Grundlage der tatsächlich entstandenen Ist-Kosten, sondern, da auf einen zukünftigen Zeitpunkt abgestellt wird, auf der Basis von Planwerten.¹⁰⁵ Somit können die Kosten bereits für das Jahr angesetzt werden, in dem sie erstmals anfallen und kostenwirksam werden (*t-0-Verzug*).¹⁰⁶ Dies gilt auch für das erste Jahr der Regulierungsperiode.¹⁰⁷ Die Einordnung als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten und somit auch die unmittelbare Erlöswirksamkeit steht unter dem Vorbehalt, dass die genehmigte Investitionsmaßnahme dem Inhalt der Genehmigung nach durchgeführt wurde, in der Regulierungsperiode kostenwirksam ist und die Genehmigung nicht aufgehoben wurde, § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV. Kostenwirksamkeit meint dabei die erstmalige (handelsrechtliche) Aktivierung von Fertiganlagen (Inbetriebnahme) oder von Anlagen im Bau.¹⁰⁸ Damit soll verhindert werden, dass die Investitionen lediglich geplant, aber nicht tatsächlich umgesetzt werden.¹⁰⁹

Den Planwerten kommt in diesem Zusammenhang mithin eine wesentliche Bedeutung zu, weshalb die BNetzA gem. § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV eine Festlegungsbefugnis für die Ermittlung dieser Kosten innehat.¹¹⁰ Mit der Anerkennung von Plankosten geht gleichzeitig die Notwendigkeit eines *ex-post* Abgleichs mit den tatsächlich entstandenen Kosten einher.¹¹¹ Zu diesem

¹⁰² F.-P. Hansen/BerlKommEnR 3/2, § 23 ARegV Rn. 16.

¹⁰³ Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 168.

¹⁰⁴ Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 86 Rn. 11.

¹⁰⁵ Hummel/Theobald/Kühling EnR, § 23 ARegV Rn. 55; BR-Drs. 860/11, S. 5.

¹⁰⁶ BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – Az.: EnVR 6/14 – N&R 2015, 293 (294), Rn. 12.

¹⁰⁷ Vgl. Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 169.

¹⁰⁸ BGH, Beschl. v. 14.8.2008 – Az.: KVR 39/07, Rn. 35 ff.

¹⁰⁹ Albrecht/Herrmann/Kment EnR, § 21a EnWG Rn. 72, 73.

¹¹⁰ Groebel/Britz/Hellermann/Hermes, § 21a EnWG Rn. 89a; BNetzA, Leitfaden 2019, S. 7; BR-Drs. 860/11, S. 10.

¹¹¹ BNetzA, Leitfaden 2019, S. 9.

Zweck wird ein jährlicher Plan-Ist-Abgleich zwischen den angesetzten Plankosten und den tatsächlich entstandenen Kosten durchgeführt, § 5 Abs. 1 S. 2 ARegV.¹¹² Die ermittelte Differenz wird auf dem Regulierungskonto verbucht und verzinst sowie anschließend über die nächste Regulierungsperiode durch Zu- oder Abschläge auf die Erlösobergrenze ausgeglichen.¹¹³ Zu hoch angesetzte Plankosten wirken sich demnach durch Verringerung der Erlösobergrenze erlösmindernd aus, wodurch eine Weitergabe beliebiger Kostenpunkte an die Netznutzer vermieden wird.¹¹⁴ Überschreiten die tatsächlichen Kosten die angesetzten Plankosten, wird die Erlösobergrenze dementsprechend erhöht, womit deren Erlöswirksamkeit gesichert wird. Dies hat den Vorteil, dass die Netzbetreiber das Kostenprognoserisiko tragen und sich gleichzeitig der Regulierungsaufwand reduziert.¹¹⁵

Mittels der Erhöhung der Erlösobergrenze entstehen den Netzbetreibern garantierte und ungeminderte Kapitalrückflüsse ab dem Zeitpunkt der Kostenwirksamkeit der getätigten Investitionen, was die oben beschriebene Zinslücke¹¹⁶ schließt.¹¹⁷ Gleichwohl scheint die Neuregelung einen Nachteil für die Netzbetreiber im Vergleich zum Regelverfahren der ARegV zu bieten: Bei der Berücksichtigung von Investitionen im Regelverfahren kann es zwar zu dem beschriebenen negativen Sockeleffekt kommen. Dieser wird jedoch (zum Teil) durch *positive Sockeleffekte* in den kommenden Regulierungsperioden wieder ausgeglichen.¹¹⁸ Der Erlösobergrenze sind die Kosten des Basisjahres zugrunde zu legen. Die hier ermittelten Kostenanteile einer Investition werden in jedem Jahr der Regulierungsperiode in gleicher Höhe erlöswirksam, obwohl sich die kalkulatorischen Restwerte, also der Wert des Anlagegutes jährlich *de facto* verringert.¹¹⁹ Dieser Wertverlust bleibt für die Dauer der Regulierungsperiode unberücksichtigt – der Netzbetreiber kann die Differenz vereinnahmen (*positiver Sockeleffekt*).¹²⁰ Nach der derzeitigen Rechtslage sind die Kosten einer Investitionsmaßnahme einem jährlichen

¹¹² Lüdtkke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 94; BNetzA, Leitfaden 2019, S. 9.

¹¹³ BR-Drs. 860/11, S. 7; Lüdtkke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 94.

¹¹⁴ Strobel, Investitionspflichten, S. 431.

¹¹⁵ Vgl. Lüdtkke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 94.

¹¹⁶ Siehe oben C. IV. 1. a).

¹¹⁷ Strobel, Investitionspflichten, S. 449.

¹¹⁸ Stelter, EnWZ 2017, 147 (147 f.).

¹¹⁹ Lüdtkke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 65.

¹²⁰ Stelter, EnWZ 2017, 147 (147 f.).

Plan-Ist-Abgleich unterworfen. Durch diesen Abgleich werden die tatsächlichen Kosten einer Investition mit den angesetzten Plankosten abgeglichen und über das Regulierungskonto ausgeglichen. Damit werden auch die sinkenden kalkulatorischen Restwerte der Investition – die sich auch in der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und kalkulatorischen Gewerbesteuer ausdrücken – erlösmindernd berücksichtigt.¹²¹ Es ist allerdings festzuhalten, dass dieser Effekt ebenso beim t-2-Verzug auftrat, da auch hier die tatsächlichen Kosten bei der jährlichen Anpassung der Erlösobergrenze zugrunde gelegt wurden. Dennoch war es für die Netzbetreiber aufgrund der Vorteile des bloß zweijährigen im Gegensatz zum siebenjährigen Zeitverzug attraktiver, die durch den t-2-Verzug bedingte Zinslücke in Kauf zu nehmen, als von den positiven Sockeleffekten zu profitieren, da die Erhöhung der Erlösobergrenze im Vergleich zu den Sockeleffekten höhere Gewinne ermöglichte. Nach Abschaffung des t-2-Verzuges und des Übergangs zur unmittelbaren Erlöswirksamkeit erhöhte sich der Renditeeffekt, der die positiven Sockeleffekte somit erst recht überkompensiert.¹²²

Der t-0-Verzug schafft daher einen investitionsfreundlicheren Rechtsrahmen, der sich positiv auf das Investitionsklima ausübt und starke Investitionsanreize für die Netzbetreiber setzt.

b) Der Effizienzvergleich

Verstärkt wird dieser investitionsfördernde Effekt dadurch, dass dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten i.S.d. § 11 Abs. 2 ARegV nicht in den Effizienzvergleich einbezogen werden, §§ 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2 ARegV.¹²³ Seit der Abschaffung des t-2-Verzuges erfolgt keine Überprüfung der Investitionskosten unter Effizienzgesichtspunkten.¹²⁴ Die Kosten einer Investitionsmaßnahme haben daher keinen Einfluss auf den unternehmensindividuellen Effizienzwert und finden keine Berücksichtigung bei den jeweiligen Effizienzvorgaben, §§ 12 Abs. 2, 16 ARegV.¹²⁵ Insofern sind die Netzbetreiber nicht der Gefahr ausgesetzt, dass die BNetzA die Investitionskosten als ineffizient einstuft, was den Kapitalrückfluss verhindern würde.

¹²¹ *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 65.

¹²² *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 65.

¹²³ *Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 82 Rn. 62.

¹²⁴ *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 253.

¹²⁵ *Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 82 Rn. 62.

Dieser Mechanismus ist gleichwohl nur für die Dauer der Genehmigung vorgesehen ist.¹²⁶ Nach Ablauf der Genehmigungszeit werden die Betriebs- und Kapitalkosten der Investitionsmaßnahme in den Normalmodus der ARegV überführt und fließen in das Ausgangsniveau zur Bestimmung der Erlösobergrenze nach § 6 Abs. 1 ARegV ein. Sie werden somit nachträglich auch dem Effizienzvergleich und den daraus resultierenden potentiellen Effizienzvorgaben unterworfen.¹²⁷

Im Ergebnis besteht daher zwar Unsicherheit über die Refinanzierbarkeit der Kosten nach Genehmigungsablauf (sog. *asymmetrisches Investitionsrisiko*), das sich grundsätzlich investitionshemmend auswirkt.¹²⁸ Dem ist jedoch zu entgegnen, dass eine vollständige Amortisation von Kosten auch in einem funktionierenden Wettbewerb nicht gewährleistet werden kann. Die Regulierung der Netzzugangsentgelte verfolgt das Ziel der Herstellung von Wettbewerbsanalogie¹²⁹ und keine Besserstellung der Netzbetreiber. Der nachträgliche Übergang von Investitionskosten in den Normalmodus der ARegV entspricht dem Grundkonzept der Anreizregulierung. Diese bietet folglich keine umfassende Investitionssicherheit und gewährleistet gerade keine vollständige Refinanzierbarkeit.¹³⁰ Somit trägt das regulierte Unternehmen weiterhin die Risiken ineffizienter Investitionen, wie in einem vom Wettbewerb geprägten Markt. Die *ex-post* Effizienzkontrolle reizt die Netzbetreiber somit auch bei Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV zu effizienten Investitionen an.¹³¹ Denn nur diese können über das Regelverfahren vollständig refinanziert werden.¹³²

c) Genehmigungsdauer

So zeigt sich, dass der Genehmigungsdauer eine erhebliche Bedeutung bei der Wirkung des Fördermechanismus zukommt. Sowohl der t-0-Verzug als auch die Ausnahme von den Effizienzvorgaben beruhen auf der Einordnung der Investitionskosten und -erlöse als dauerhaft nicht beeinflussbar i.S.d. § 11 Abs. 2 ARegV. Nach Ablauf der Genehmigung kommt es zu einem Übergang

¹²⁶ Albrecht/Herrmann/Kment EnR, § 21a EnWG Rn. 72; BNetzA, Leitfaden 2019, S. 8 f.

¹²⁷ Meinzenbach/BerlKommEnR 1/2, § 21a EnWG Rn. 161.

¹²⁸ Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 71; Strobel, DVBl. 2016, 543 (547).

¹²⁹ Siehe oben B. II. 1.

¹³⁰ Strobel, Investitionspflichten, S. 427.

¹³¹ Vgl. Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 253.

¹³² Strobel, Investitionspflichten, S. 449.

in das Regelverfahren der ARegV – insbesondere werden die Kostenanteile der Investitionsmaßnahme nachträglich in den Effizienzvergleich eingebunden.¹³³

aa) Rechtmäßigkeit der Befristung

Bereits vor Einführung der expliziten gesetzlichen Regelung in § 23 Abs. 1 S. 4, 5 ARegV war es gängige Praxis der BNetzA, die Genehmigung von Investitionsmaßnahmen bis zum Ende der Regulierungsperiode zu befristen, in der das Investitionsprojekt fertiggestellt wurde.¹³⁴ Die Befristung wurde in der Literatur vielfach kritisiert.¹³⁵ Ein Argument war, dass Kosten bereits getätigter Investitionen nachträglich nicht mehr beeinflussbar seien und Kostensenkungen mithin nicht mehr möglich wären. Eine Unterwerfung unter die Effizienzvorgaben widerspräche dem Grundsatz, die Anreizwirkung gelte lediglich für beeinflussbare Kostenanteile, § 21a Abs. 4 S. 1 EnWG.¹³⁶ Damit ist die grundsätzliche Frage angesprochen, auf welchen Zeitpunkt bei der Beurteilung der Beeinflussbarkeit abzustellen ist. Ist der Anfang einer Regulierungsperiode maßgeblich, könnten die zuvor bereits getätigten Investitionen objektiv nicht mehr beeinflussbar sein.¹³⁷ Abzustellen ist mit dem OLG Düsseldorf¹³⁸ jedoch auf die Beeinflussbarkeit durch den Netzbetreiber im Zeitpunkt der Vornahme der Investition. Anderenfalls würden die Netzbetreiber ein sehr geringes Investitionsrisiko tragen, da jegliche Kosten auf die Netznutzer überwältzt werden könnten.¹³⁹ Dies würde dem Wesen der Anreizregulierung zuwider laufen, wonach ein Durchreichen aller Kosten an die Netznutzer gerade nicht vorgesehen ist; die Kosten sind vielmehr grundsätzlich einer Effizienzkontrolle zu unterziehen, damit dem regulierten Unternehmen genügend Anreize zu Effizienzsteigerungen gesetzt werden.¹⁴⁰ Investitionen werden durch Entscheidungen des Netzbetreibers determiniert

¹³³ Siehe oben C. IV. 2.

¹³⁴ BNetzA, Leitfaden 2010, S. 11.

¹³⁵ Vgl. *Walther*, Regulierung der Elektrizitätsnetzentgelte, S. 62; *Balzer/Schönefuß*, RdE 2006, 213 (215); *Ruge*, ZNER 2006, 200 (207 f.); zu verfassungsrechtlichen Bedenken vgl. auch *Ruge/Schneider/Theobald* EnR, § 18 Rn. 57.

¹³⁶ *Walther*, Regulierung der Elektrizitätsnetzentgelte, S. 62; *Balzer/Schönefuß*, RdE 2006, 213 (215); *Ruge*, ZNER 2006, 200 (207 f.).

¹³⁷ *Schütz/Schreiber/Holzsnigel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 160.

¹³⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2011 – Az.: VI-3 Kart 276/09 (V) – N&R 2011, 147.

¹³⁹ *Pedell/Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 79 Rn. 39 f.

¹⁴⁰ Siehe oben B. II. 1.

und sind im Zeitpunkt ihrer Entstehung von ihnen beeinflussbar.¹⁴¹ Der Zweck der Anreizregulierung, die Netzbetreiber zu einem möglichst effizienten Leistungsverhalten zu motivieren, würde durch die pauschale Einordnung bereits getätigter Investitionskosten als dauerhaft nicht beeinflussbar konterkariert.¹⁴² Denn ineffiziente hohe Investitionskosten würden bei dauerhafter Ausnahme von dem Effizienzvergleich zementiert, was den Vorgaben aus §§ 21 Abs. 2, 21a EnWG widerspricht und dem Grundgedanken der Anreizregulierung entgegenläuft.¹⁴³ Es ist daher, vielmehr geboten, alle Kosten, die unter Einflussnahme des Netzbetreibers entstanden und in diesem Zeitpunkt folglich beeinflussbar waren, den Effizienzvorgaben zu unterwerfen.¹⁴⁴ Dadurch werden Anreize zu effizienten Investitionen gesetzt.¹⁴⁵

In Folge des Beschlusses des OLG Düsseldorf kam es zu einer Einigung zwischen den Netzbetreibern und der BNetzA, um weitere rechtliche Auseinandersetzungen – insbesondere die Einlegung von Rechtsmitteln beim BGH gegen diesen Beschluss – zu vermeiden und ein höheres Maß an Investitionssicherheit zu schaffen.¹⁴⁶

bb) Aktuelle Rechtslage

Durch Einführung von § 23 Abs. 1 S. 4, 5 ARegV zum 22.3.2019¹⁴⁷ hat der Verordnungsgeber diese Problematik aufgefasst und eine explizite rechtliche Grundlage für die Befristung geschaffen. Nach § 23 Abs. 1 S. 4 ARegV ist die Genehmigung bis zum Ende derjenigen Regulierungsperiode zu befristen, in der ein Antrag gestellt worden ist. Wird ein Antrag zur Genehmigung einer Investitionsmaßnahme nach dem Basisjahr für die folgende Regulierungsperiode gestellt, so ist die Genehmigung gem. § 23 Abs. 1 S. 5 ARegV bis zum Ende dieser folgenden Regulierungsperiode zu befristen. Nach Ablauf der Frist erlischt die Genehmigung und die Kosten können nicht mehr als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile an die Netznutzer durchge-

¹⁴¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2011 – Az.: VI-3 Kart 276/09 (V) – N&R 2011, 147 (149).

¹⁴² *Schütz/Schreiber/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 161.

¹⁴³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2011 – Az.: VI-3 Kart 276/09 (V) – N&R 2011, 147 (149).

¹⁴⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2011 – Az.: VI-3 Kart 276/09 (V) – N&R 2011, 147 (149).

¹⁴⁵ vgl. auch *Schütz/Schreiber/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 161; *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 265.

¹⁴⁶ *BNetzA*, Pressemitteilung v. 24.2.2012; *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 146 ff.; *Groebel/Britz/Hellermann/Hermes*, § 21a EnWG Rn. 93.

¹⁴⁷ Zur Änderung der ARegV zum 14.3.2019 vgl. BGBl. I 2019, S. 333.

reicht werden.¹⁴⁸ Der Effekt des t-0-Verzuges sowie die Ausnahme von den Effizienzvorgaben sind folglich eng mit der Länge der Regulierungsperiode verknüpft: Je länger die Regulierungsperiode, desto höher sind die von den Netzbetreibern einzunehmenden Gewinne aufgrund der Erhöhung der Erlösobergrenze.¹⁴⁹ Dies hat investitionsfördernde Wirkung. Dem steht das Ziel der Anreizregulierung gegenüber, Ineffizienzen durch das Ausnutzen von Kostensenkungspotenzialen abzubauen, um dies in Form niedriger Entgelte an die Netznutzer und letztlich an die Endverbraucher weiterzugeben.¹⁵⁰ Dieses im § 1 EnWG angelegte und die Anreizregulierung überformende Spannungsverhältnis zwischen den verschiedenen energiepolitischen Zielen wurde über die Befristung der Genehmigung aufgelöst.¹⁵¹

cc) Kritik in Bezug auf den Fördermechanismus

Wie dargestellt ist die Befristung der Genehmigungsdauer mit Blick auf die allgemeinen Ziele der Anreizregulierung grundsätzlich geboten. Dennoch wirkt sie sich nachteilig auf die mit § 23 ARegV verfolgten Investitionsanreize aus. Im Verhältnis zu der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer von Investitionsanlagen, die bis zu 50 Jahre betragen kann (vgl. Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 StromNEV bzw. GasNEV), ist insbesondere der Zeitraum der Genehmigung knapp bemessen.¹⁵² Dadurch wird lediglich ein Bruchteil der Investitionskosten und der mit dem t-0-Verzug angeregten Investitionsrendite den Effizienzvorgaben entzogen.¹⁵³ Die Folge ist ein stark verkürzter Fördermechanismus für Investitionen, denn höhere Gewinne über bloß wenige Jahre setzen im Vergleich zu dem Refinanzierungsrisiko keinen effektiven Anreiz für Netzbetreiber.¹⁵⁴ Zwar führt dies im Ergebnis zu geringen Netzzugangsentgelten und kommt letztlich den Endverbrauchern zugute.¹⁵⁵ Langfristige Investitionen werden dadurch hingegen nicht gefördert.¹⁵⁶ Vor dem

¹⁴⁸ *Albrecht/Herrmann/Kment* EnR, § 21a EnWG Rn. 72.

¹⁴⁹ *Groebel/Horstmann/Holznapel/Schütz*, Einf. Rn. 124; *Schütz/Schreiber/Holznapel/Schütz*, § 21a EnWG Rn. 138; *Mohr*, RdE 2017, 273 (280).

¹⁵⁰ Siehe oben B. II. 1.

¹⁵¹ *BNetzA*, Leitfaden 2019, S. 8 f.

¹⁵² *Lütke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 92.

¹⁵³ *Schendel*, IR 2011, 242 (245).

¹⁵⁴ *Schendel*, IR 2011, 242 (245).

¹⁵⁵ Vgl. *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 278.

¹⁵⁶ So *Mohr*, RdE 2017, 273 (280).

Hintergrund der enormen Herausforderungen für ÜNB und FLNB in Bezug auf den durch die Energiewende erforderlichen Netzausbau stellt sich die Frage, ob die geringeren Strom- und Gaspreise die negativen Auswirkungen auf den Fördermechanismus überwiegen können – zumal die Netzentgelte lediglich einen Teil der Energiepreise ausmachen und die Anreizregulierung als solche daher schon als Instrument zur Senkung der Energiepreise nicht zu überschätzen ist.¹⁵⁷ Vor diesem Hintergrund ist es umso fragwürdiger, warum sich der Ordnungsgeber mit der Einführung des § 23 Abs. 1 S. 4, 5 ARegV dazu entschieden hat, die vom OLG Düsseldorf bestätigte Genehmigungspraxis der BNetzA noch zu verschärfen. Wurde die Investitionsmaßnahme von der BNetzA bisher bis zum Ende derjenigen Regulierungsperiode befristet, in der die Investition tatsächlich fertiggestellt wurde,¹⁵⁸ wird sie nun nur noch bis zum Ende derjenigen Regulierungsperiode, in der der Antrag gestellt wurde bzw. maximal bis zum Ende der folgenden Regulierungsperiode erteilt. Der Ordnungsgeber begründete diesen Schritt damit, die regulierten Unternehmen so zur schnelleren Umsetzung von Investitionen anzuhalten.¹⁵⁹ Die Änderungsbegründung führt weiter aus, dass die Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV eine Ausnahme zum Budgetprinzip, also der periodischen Entkoppelung der Kosten von den Erlösen darstellt und als solche in seiner Anwendung auf das Mindestmaß begrenzt werden sollte.¹⁶⁰ Diese rechtsmethodisch nachvollziehbare Annahme verkennt dabei die Bedeutung der Investitionsmaßnahme für die Investitionstätigkeit der ÜNB und FLNB. Diesen steht kein anderes Instrument zur Absicherung ihrer Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen zur Verfügung. Für ein investitionsfreundliches Klima ist es notwendig, attraktive Refinanzierungsbedingungen zu schaffen. Eine restriktive Anwendung der Investitionsmaßnahme hat dabei den gegenteiligen Effekt und zeigt den fehlenden Willen des Ordnungsgebers, die Netzbetreiber bei ihren besonderen Aufgaben zu unterstützen – zumindest wird dadurch das ausgerufene Ziel des Netzausbaus für die Energiewende konterkariert. Insofern bleibt jedenfalls unklar, warum sich der Ordnungsgeber einerseits zur Einführung des t-0-Verzuges entschieden hat, um deren investitionsfördernde Wirkung andererseits durch eine Verkürzung der Befristung wieder zu reduzieren. Deutlich sein sollte in jedem Fall, dass eine freiverantwortliche Entscheidung der Netzbetreiber zur

¹⁵⁷ *Monopolkommission*, Sondergutachten 54, 2009, Rn. 290.

¹⁵⁸ *BNetzA*, Leitfaden 2010, S. 11.

¹⁵⁹ BR-Drs. 13/19, S. 22.

¹⁶⁰ BR-Drs. 13/19, S. 22.

Vornahme der Investitionen außerhalb der Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV aufgrund der besonderen Kapitalintensität in Verbindung mit der Ungewissen und vor allem zeitverzögerten Refinanzierungsmöglichkeiten im Regelmodus der ARegV nicht zu erwarten ist.

5. Abzugsposten, § 23 Abs. 2a ARegV

a) Allgemeines

Zeitgleich mit der Abschaffung des zweijährigen Zweitversatzes beim Refinanzierungsbeginn von Investitionen und der Umstellung auf den t-0-Verzug wurde der Abzugsbetrag nach § 23 Abs. 2a ARegV eingeführt.¹⁶¹ Gem. § 23 Abs. 2a S. 1 ARegV sind die in den letzten drei Jahren der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme entstandenen Betriebs- und Kapitalkosten als Abzugsbetrag zu berücksichtigen, sofern sie sowohl im Rahmen der Investitionsmaßnahme als auch in der Erlösobergrenze der folgenden Regulierungsperiode nach § 4 Abs. 1 ARegV berücksichtigt werden. Diese so ermittelten Kosten sind zunächst aufzuzinsen und im Anschluss an das erste Jahr nach Ablauf der Genehmigungsdauer gleichmäßig über 20 Jahre in Abzug zu bringen, § 23 Abs. 2a S. 2, 4 ARegV.¹⁶²

Die Einführung dieses Abzugsbetrages stützt sich darauf, dass eine zweifache Berücksichtigung der Betriebs- und Kapitalkosten verhindert werden, die Kosten mithin nicht mehrfach in der Erlösobergrenze abgebildet werden sollen.¹⁶³ Hintergrund ist, dass durch die Umstellung auf den t-0-Verzug eine unmittelbare Erhöhung der Erlösobergrenze aufgrund der Änderung dauerhaft nicht beeinflussbarer Kostenanteile erfolgt, § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Teils. 3 i.V.m. § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV. Der Ordnungsgeber sah dabei die Gefahr einer doppelten Berücksichtigung der Kosten aus der genehmigten Investitionsmaßnahme.¹⁶⁴ Die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme hat nämlich zur Folge, dass die Erlösobergrenze von den Netzbetreibern selbstständig und ohne Zeitverzug für das Jahr angepasst werden können, in denen die Kosten erstmalig anfallen, also kostenwirksam werden.¹⁶⁵ Tritt die Kostenwirksamkeit

¹⁶¹ Zur Änderung der ARegV zum 14.3.2012 BGBl. I 2012, S. 489.

¹⁶² BNetzA, Leitfaden 2019, S. 6; Lüdtker-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 138.

¹⁶³ BR-Drs. 860/11, S. 9; Albrecht/Herrmann/Kment EnR, § 21a EnWG Rn. 74.

¹⁶⁴ BR-Drs. 860/11, S. 9.

¹⁶⁵ Siehe oben C. IV. 1. b).

nun spätestens im Basisjahr der folgenden Regulierungsperiode ein, fließen die Kosten der letzten drei Jahre der laufenden Regulierungsperiode – die bereits unmittelbar in der Erlösobergrenze abgebildet werden – gleichzeitig in die Berechnung der Erlösobergrenze für die folgende Regulierungsperiode ein.¹⁶⁶ Denn für die Berechnung der Erlösobergrenze der folgenden Regulierungsperiode sind die Betriebs- und Kapitalkosten maßgeblich, die im Basisjahr bestehen. Daraus ergeben sich also diejenigen Betriebs- und Kapitalkosten, die in der folgenden Regulierungsperiode voraussichtlich anfallen und dem Kostenausgangsniveau zugrunde gelegt werden.¹⁶⁷ Das Basisjahr ist dabei, vorausgesetzt das Geschäftsjahr deckt sich mit dem Kalenderjahr, das drittletzte Kalenderjahr vor Beginn der nächsten Regulierungsperiode $_{RP 2}$, § 6 Abs. 1 ARegV. Bei einer fünfjährigen Regulierungsperiode ist das Basisjahr der folgenden Regulierungsperiode mit anderen Worten regelmäßig das dritte Jahr der laufenden Regulierungsperiode ($t_{3, RP 1}$).¹⁶⁸ Fallen die Kosten der Investitionsmaßnahme nun bereits in diesem Basisjahr $t_{3, RP 1}$ an, so werden die jährlichen Kostenscheiben der letzten drei Jahre der laufenden Regulierungsperiode (also Jahre $t_{3-5, RP 1}$) bei der Bestimmung der Erlösobergrenze für die nächste Regulierungsperiode berücksichtigt.¹⁶⁹ Somit kommt es zu einer doppelten Berücksichtigung der Kosten: Zunächst erhöhen sie die Erlösobergrenze als Kosten der genehmigten Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV bis zum Ende des Genehmigungszeitraums, also bis zum Ende der laufenden Regulierungsperiode. Nach Ablauf der Befristung fließen dieselben Kosten nach dem Regelverfahren der ARegV in die Erlösobergrenze der folgenden Regulierungsperiode ein, § 4 Abs. 1 ARegV.¹⁷⁰ Der Zeitraum, in dem die Kosten in die Erlösobergrenze einfließen, ist somit in der Regel drei Jahre länger als die tatsächliche Abschreibungs- oder Nutzungsdauer der Investitionsanlage.¹⁷¹ Es entstehen folglich zusätzliche Erlöse in den Jahren $t_{1-5, RP 2}$.¹⁷² Folge sind höhere Netzentgelte für die Netznutzer, die somit Teile der Investitionsmaßnahme mehrfach finanzieren. Diese Mehrfachfinanzierung soll jedoch nach Ansicht des Ordnungsgebers gerade verhindert

¹⁶⁶ *Meinzenbach/BerlKommEnR 3/2*, § 21a EnWG Rn. 162.

¹⁶⁷ *Meinzenbach/BerlKommEnR 3/2*, § 21a EnWG Rn. 162.

¹⁶⁸ Siehe oben B. II. 1.

¹⁶⁹ *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 209 f.

¹⁷⁰ *F.-P. Hansen/BerlKommEnR 3/2*, § 23 ARegV Rn. 58.

¹⁷¹ So BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463 (464) – Rn. 21.

¹⁷² BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463 (464) – Rn. 21.

werden.¹⁷³ Aus diesem Grund ordnet § 23 Abs. 2a ARegV an, dass diese Kosten als Abzugsbetrag zu berücksichtigen sind. Da die aus der Auflösung des Abzugsbetrages entstehenden Kosten (und Erlöse) nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6a ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile gelten, wird die Erlösobergrenze gemindert, wodurch niedrigere Netzentgelte für die Netznutzer erreicht werden.¹⁷⁴

Hier zeigt sich der wesentliche Gedanke, dass beim Übergang der Investitionsmaßnahme in das Regelverfahren der ARegV eine – ungerechtfertigte – mehrfache Berücksichtigung ausgeschlossen werden soll, was die Einführung des § 23 Abs. 2a ARegV aus Sicht des Verordnungsgebers notwendig machte.¹⁷⁵

b) Rechtmäßigkeit

Die Problematik der doppelten Berücksichtigung von im Rahmen einer Investitionsmaßnahme entstehenden Kosten bestand bereits vor Abschaffung des t-2-Verzuges. Ein Abzugsbetrag war gleichwohl nicht vorgesehen, sodass nach dem bisher Gesagten eine Mehrfachfinanzierung zumindest von Teilen der Investitionsmaßnahme möglich war. Das von Netzbetreiberseite gegen den Abzugsbetrag angestrebte Beschwerdeverfahren¹⁷⁶ blieb indes erfolglos.¹⁷⁷ Insbesondere das Argument, der Verordnungsgeber wolle mit der Umstellung auf den t-0-Verzug positive Investitionsanreize setzen, die mit dem Abzugsbetrag konterkariert würden, verfiel nicht.¹⁷⁸ Nach Ansicht des Senats würden die durch den t-0-Verzug geschaffenen Liquiditätsvorteile die potentiellen Nachteile eines Abzugsbetrages nach § 23 Abs. 2a ARegV überwiegen.¹⁷⁹ Der BGH bestätigte die vorinstanzliche Entscheidung des OLG Düsseldorf.¹⁸⁰ Der Abzugsbetrag nach § 23 Abs. 2a ARegV sei rechtmäßig und immer dann anzuwenden, wenn eine Doppelerkennung wie im oben beschriebenen Fall möglich ist.¹⁸¹ Beizupflichten ist dem BGH jedenfalls insoweit, als dass das Argument, der Verordnungsgeber wollte keine nachteilige Regelung für

¹⁷³ BR-Drs. 860/11, S. 9.

¹⁷⁴ Lüdtker-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 139.

¹⁷⁵ BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463 (465) – Rn. 25; BR-Drs. 860/11, S. 9.

¹⁷⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.12.2013 – Az.: VI-3 Kart 249/12 (V), BeckRS 2015, 14351.

¹⁷⁷ Meinenbach/BerlKommEnR 1/2, § 21a EnWG Rn. 162.

¹⁷⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.12.2013 – Az.: VI-3 Kart 249/12 (V), BeckRS 2015, 14351, Rn. 42.

¹⁷⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.12.2013 – Az.: VI-3 Kart 249/12 (V), BeckRS 2015, 14351, Rn. 42.

¹⁸⁰ BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463.

¹⁸¹ BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463 (464) – Rn. 13.

die Netzbetreiber schaffen, nicht verfangen kann.¹⁸² Vielmehr ergibt sich bereits aus der Verordnungsbegründung, dass eine doppelte Anerkennung von Kosten genehmigter Investitionsmaßnahmen gerade verhindert werden sollte.¹⁸³ Auch dass diese Problematik bereits nach der alten Rechtslage bekannt war, vermag an der Rechtmäßigkeit nicht zu ändern. Denn wesentlicher Unterschied ist, dass es bis 2012 aufgrund des zweijährigen Verzugs bei der Kostenanerkennung nicht zu der oben dargestellten Doppelberücksichtigung von drei jährlichen Kostenscheiben kam, sondern lediglich die Kosten eines Jahres sowohl in der jährlichen Anpassung der Erlösobergrenze als auch im Ausgangsniveau für die Berechnung der Erlösobergrenze für die folgende Regulierungsperiode Berücksichtigung fand. Der Ordnungsgeber nahm die Verdreifachung des Zeitraums, für den Kosten doppelt zu berücksichtigen sind, offensichtlich zum Anlass, einen Abzugsbetrag einzuführen.¹⁸⁴

c) Kritik

Auch wenn nach alledem von der Rechtmäßigkeit des § 23 Abs. 2a ARegV auszugehen ist,¹⁸⁵ hat der Abzugsbetrag enorme Folgen für den Fördermechanismus, der insbesondere durch den t-0-Verzug verstärkt werden sollte. Durch die gleichmäßige Auflösung des Abzugsbetrags über 20 Jahre ist zwar von keiner übermäßigen Belastung der Netzbetreiber durch die in Abzug zu bringenden Kosten auszugehen.¹⁸⁶ Dennoch führt der Abzugsbetrag zu einer wesentlichen Verkürzung der Vorteile, die mit dem t-0-Verzug einhergehen. Freilich bleibt den Netzbetreibern die unmittelbare Erhöhung der Erlösobergrenze erhalten, die zu einer Reduzierung von Liquiditätsengpässen im Vergleich zum t-2-Verzug führt.¹⁸⁷ Da es den Abzugsbetrag beim t-2-Verzug jedoch nicht gab, unterliegen die zusätzlich eingestrichenen Mittel langfristig gesehen einer wesentlichen Reduktion. Werden mehrere Vorhaben über die Investitionsmaßnahme finanziert, verstärkt sich der reduzierende Effekt, der zu Fehlbeträgen des Netzbetreibers führen kann.¹⁸⁸ Dies verwundert, hat der

¹⁸² BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463 (465) – Rn. 25.

¹⁸³ BR-Drs. 860/11, S. 9.

¹⁸⁴ So BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463 (465) – Rn. 25.

¹⁸⁵ a.A. *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 214 ff., der den Abzugsbetrag wegen Verstoßes gegen die Erfüllbarkeitsgarantie als rechtswidrig erachtet.

¹⁸⁶ *F.-P. Hansen/BerlKommEnR 3/2*, § 23 ARegV Rn. 60.

¹⁸⁷ Siehe oben C. IV. 1. b).

¹⁸⁸ So auch *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 215.

Verordnungsgeber doch bei der Umstellung auf den t-0-Verzug klar postuliert, dass ÜNB und FLNB bei ihren besonderen Aufgaben des Netzausbaus unterstützt werden sollen.¹⁸⁹ Auch wenn das Ziel erreicht wurde, die aufgrund des t-2-Verzuges entstandene und als nachteilig empfundene Liquiditätslücke zu beseitigen, bedeutet dies nicht, dass die Netzbetreiber dadurch bei Erfüllung ihren besonderen Aufgaben auch die benötigte Unterstützung erhalten. Denn der Netzausbau ist gerade ein langfristiges Ziel, das nur über einen konsistenten und vor allem investitionsfördernden Rechtsrahmen erreicht werden kann. Die erforderlichen Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen sind dabei zum einen besonders kapitalintensiv. Zum anderen ist es notwendig, dass die Netzbetreiber möglichst viele Investitionen durchführen.¹⁹⁰ Der kurzfristige Renditeeffekt der sofortigen Kapitalrückführung durch die unmittelbare Erhöhung der Erlösobergrenze vermag die negativen Folgen auf lange Sicht nicht auszugleichen.¹⁹¹ Die Neuregelung des t-0-Verzuges hat damit einen bloß begrenzten Einfluss auf die Liquidität der Netzbetreiber.¹⁹² Es drängt sich mithin die Frage nach dem Sinn der Abschaffung des t-2-Verzuges auf. Wenn der Verordnungsgeber mit der Umstellung auf t-0 das Ziel verfolgt hat, die Investitionstätigkeit der regulierten Unternehmen durch entsprechende Investitionsanreize zu erhöhen, verhält er sich durch die gleichzeitige Einführung des Abzugsbetrags zumindest widersprüchlich. Durch diesen wird nur erreicht, dass die durch den t-0-Verzug erreichte Erlöswirksamkeit nicht mehr im Verhältnis zu der faktischen Kostenwirksamkeit der Investitionsanlagen steht. Zwar wird dieser Effekt durch die Auflösung des Abzugsbetrages über 20 Jahre gemildert. Dennoch erfährt der Fördermechanismus des § 23 ARegV eine massive Entwertung, die durch die Verkürzung der Genehmigungsdauer noch verstärkt wird.¹⁹³ Die eingangs durch den Verordnungsgeber geschaffenen investitionsfördernden Instrumente werden durch die besonders restriktive Anwendung der Investitionsmaßnahme ausgehöhlt und zum Teil egalisiert.

Trotzdem bleibt festzuhalten, dass die Investitionsbedingungen des § 23 ARegV im Vergleich zum Regelverfahren der ARegV insgesamt positiver zu bewerten sind. Die BNetzA schätzt die Refinanzierungsbedingungen daher

¹⁸⁹ BR-Drs. 860/11, S. 5.

¹⁹⁰ Siehe oben B. II. 2. a).

¹⁹¹ Rechenbeispiel siehe bei *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 211 ff.

¹⁹² *Meinzenbach/BerlKommEnR* 1/2, § 21a EnWG Rn. 70; im Ansatz so auch BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463 (465) – Rn. 26.

¹⁹³ Siehe oben C. IV. 3. c).

noch immer als sehr gut ein.¹⁹⁴ Aus Sicht des vom § 23 ARegV ausgehenden Fördermechanismus kann dieser Einschätzung jedoch nur bedingt zugestimmt werden. Denn dem Ordnungsgeber wäre es ohne besondere Schwierigkeiten möglich, die Investitionsbedingungen noch wesentlich attraktiver zu gestalten. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass staatlich veranlasste Preisbestandteile mehr als die Hälfte der Strom- und Gaspreise ausmachen und diejenigen der Netzentgelte weit übersteigen,¹⁹⁵ würde eine weitere Verbesserung der Investitionsbedingungen die nachteiligen Auswirkungen auf die Netzentgelte überwiegen.

Angesichts der Notwendigkeit zum Ausbau der Netze ist in jedem Fall zu konstatieren, dass das mit § 23 ARegV verfolgte energiepolitische Ziel nur in stark eingeschränktem Maße erreicht werden kann.

6. Die Wirkung der Regelbeispiele

§ 23 Abs. 1 S. 2 ARegV sieht eine Reihe von Regelbeispielen (*insbesondere*) vor. Liegen deren Voraussetzungen vor, so soll die energiewirtschaftliche Notwendigkeit zumindest regelmäßig vorliegen.¹⁹⁶ Dennoch müssen die zusätzlichen Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV stets vorliegen, die Maßnahme also zur Stabilität des Gesamtsystems, für die Einbindung in das nationale oder internationale Verbundnetz oder für einen bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes nach § 11 EnWG notwendig sein.¹⁹⁷ Die Regelbeispiele dienen dabei als eine Orientierungshilfe, die die in § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV genannten Voraussetzungen nicht modifizieren, sondern lediglich veranschaulichen.¹⁹⁸ Da die in § 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-9 ARegV genannten Investitionsvorhaben technisch determiniert sind, kann in diesem Rahmen keine eingehende Auseinandersetzung erfolgen. Hierhin zeigt sich die Interdisziplinarität des Regulierungsrechts.¹⁹⁹

Gleichwohl geht von den Regelbeispielen sowohl für die Netzbetreiber als auch für die BNetzA eine Leitwirkung aus: Durch die konkretisierenden

¹⁹⁴ BNetzA, Monitoringbericht 2020, S. 126.

¹⁹⁵ BNetzA, Monitoringbericht 2020, S. 157, 291, 381.

¹⁹⁶ F.-P. Hansen/BerlKommEnR 3/2, § 23 ARegV Rn. 23.

¹⁹⁷ Lüdtker-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 160; Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 102.

¹⁹⁸ BGH, NVwZ-RR 2014, 470 Rn. 16; Grüneberg, NVwZ 2015, 394 (398); Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 84.

¹⁹⁹ Schmidt-Preuß, Recht der Regulierung, 68 (92); ders., Regulierungsrecht der Netzindustrien, 11 (15 ff.).

Tatbestandsmerkmale verringert sich die Unsicherheit über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV.²⁰⁰ Der Netzbetreiber kann dann in der Regel davon ausgehen, eine Genehmigung zu erhalten, was ihm ein gewisses Maß an Planungssicherheit verschafft und sich mithin positiv auf den Fördermechanismus auswirkt.²⁰¹ Gleichzeitig verringert sich der Prüfungsaufwand für die BNetzA.²⁰²

Auffällig ist jedoch die numerische Disparität²⁰³ der Regelbeispiele: Lediglich § 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 ARegV richtet sich ausschließlich an die FLNB, während die restlichen acht (zumindest auch) für die ÜNB verankert wurden.²⁰⁴ Dies könnte das Potential asymmetrischer Investitionsanreize in sich bergen, indem sich die positive Leitwirkung der Regelbeispiele fast ausschließlich auf die ÜNB auswirkt.²⁰⁵ Investitionen in die Übertragungsnetze könnten damit attraktiver sein als Investitionen in die Fernleitungsnetze. Allerdings lässt sich dies kaum empirisch feststellen, weshalb sich die Überlegungen überwiegend in ihrer theoretischen Natur erschöpfen.

IV. Der Netzentwicklungsplan

Auf den Fördermechanismus des § 23 ARegV wirkt ebenso der in § 12b EnWG bzw. § 15a EnWG geregelte sog. Netzentwicklungsplan (NEP) ein. Dieser wird auf Grundlage eines jährlichen Szenariorahmens (vgl. § 12a EnWG) von den Netzbetreibern entwickelt und enthält im Wesentlichen Spezifizierungen für den notwendigen Netzausbau.²⁰⁶ Aufgrund seiner europarechtlichen Prägung²⁰⁷ ist der NEP Ausdruck der engen Verzahnung der nationalen mit der europäischen Ebene für den Netzausbau.²⁰⁸ Er dient maßgeblich der transparenten und zuverlässigen Feststellung des energiewirtschaftlichen Netzausbaubedarfs des nationalen Übertragungs- und Gasfernleitungs-

²⁰⁰ Lüdtk-Handjery/Paust/Weyer/Holz-nagel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 113.

²⁰¹ Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 150; Strobel, Investitionspflichten, S. 438.

²⁰² Lüdtk-Handjery/Paust/Weyer/Holz-nagel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 113.

²⁰³ Vgl. Lüdtk-Handjery/Paust/Weyer/Holz-nagel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 112.

²⁰⁴ Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 86 Rn. 20.

²⁰⁵ Lüdtk-Handjery/Paust/Weyer/Holz-nagel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 115.

²⁰⁶ Monopolkommission, Sondergutachten 71, 2015, Rn. 274.

²⁰⁷ Dazu ausführlich Ruge/BerlKommEnR, § 12b EnWG Rn. 1 ff.

²⁰⁸ Groebel/Horstmann/Holz-nagel/Schütz, Einf. Rn. 242 f.

netzes.²⁰⁹ Dazu werden in dem NEP die in den nächsten drei Jahren durchzuführenden Investitionen bestimmt (vgl. § 65 Abs. 2a S. 1 EnWG) sowie ein Zeitplan für alle Investitionsprojekte vorgegeben.²¹⁰ Durch den NEP erfährt daher die in § 11 Abs. 1 EnWG statuierte Pflicht der Netzbetreiber zum bedarfsgerechten Ausbau eine Konkretisierung, die von der BNetzA durch Verpflichtungsaufgaben durchgesetzt werden kann (vgl. §§ 65 Abs. 1 bis 2a EnWG).²¹¹ Auch bei solchen Verpflichtungen bleiben die allgemeinen Entgeltregulierungsvorschriften, mithin ebenso § 23 ARegV anwendbar.²¹² Zwar enthält der § 23 ARegV keinen formalen Verweis auf die Vorschriften zur Netzentwicklungsplanung (§§ 12 a ff., 15a EnWG). Durch den Verweis auf § 11 EnWG in § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV erfährt die Netzentgeltregulierung aber dennoch eine mittelbare Überformung durch das Fachplanungsrecht, die beide Regelungsbereiche miteinander verbindet.²¹³ Wurde ein planungsrechtliches Investitionsvorhaben im Rahmen des NEP von der BNetzA bestätigt, ergibt sich daraus bereits die energiewirtschaftliche Notwendigkeit der Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV – eine weitere Prüfung durch die BNetzA bezüglich der Erforderlichkeit der Maßnahme für den bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes wird obsolet.²¹⁴ Dies sichert die Refinanzierung der staatlich veranlassten Investition.²¹⁵

Freilich ergibt sich die Notwendigkeit der Refinanzierungsermöglichung bereits aus dem Postulat der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.²¹⁶ Wird ein reguliertes Unternehmen zur Vornahme einer Investition von Seiten des Staates verpflichtet, müssen ihm auch die Mittel zu ihrer Realisierung bereitstehen sowie eine risikoadäquate Refinanzierung der Investition möglich sein.²¹⁷ Von dem NEP geht dabei trotzdem eine investitionsfördernde Wirkung aus. Denn die Netzbetreiber können darauf

²⁰⁹ Bourwieg/Britz/Hellermann/Hermes, § 12b EnWG Rn. 2.

²¹⁰ Groebel/Horstmann/Holznapel/Schütz, Einf. Rn. 242.

²¹¹ Richter/Schulze, NVwZ 2014, 835 (836).

²¹² Groebel/Horstmann/Holznapel/Schütz, Einf. Rn. 243; Schirmer/Seiferth, ZUR 2013, 515 (517).

²¹³ Schmidt-Preuß, RdE 2017 (Sonderheft), 3 (8); Lüdtker-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 56, 62.

²¹⁴ So auch BNetzA, Leitfaden 2019, S. 5; Strobel, Investitionspflichten, S. 439; Groebel/Britz/Hellermann/Hermes, § 21a EnWG Rn. 92.

²¹⁵ Richter/Schulze, NVwZ 2014, 835 (836 f., 840).

²¹⁶ Dazu grundlegend BVerfGE 98, 83 (97 f.); BVerfGE 98, 106 (118 f.); Richter/Schulze, NVwZ 2014, 835 (835).

²¹⁷ Schmidt-Preuß, et 11/2003, 758 (761); ders., Substanzerhaltung und Eigentum, S. 42; mit Bezug auf das unionsrechtliche Substanzerhaltungsgebot Ludwigs/Ruffert, § 5 Rn. 187.

vertrauen, dass ihnen die Refinanzierung der Investitionsvorhaben durch § 23 ARegV ermöglicht wird. Auch bleibt festzuhalten, dass die Vornahme von Investitionen grundsätzlich im Interesse der Netzbetreiber steht. Denn trotz der dargestellten investitionshemmenden Aspekte²¹⁸ überwiegen die mit der Genehmigung einer Investitionsmaßnahme einhergehenden Renditeeffekte durch Erhöhung der Netzentgelte.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass sich der NEP seinerseits in den Bundesbedarfsplan einordnet, vgl. § 12e EnWG, wodurch weitere Verbindungen zum Fachplanungsrecht – insbesondere zum Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) – gezogen werden.

V. Systematische Besonderheit

Nach der in dieser Arbeit dargestellten Funktionsweise der Investitionsmaßnahme wird klar, dass diese einen Fremdkörper im allgemeinen System der Anreizregulierung darstellt. Denn mit der Anreizregulierung wird insbesondere der Abbau von Ineffizienzen verfolgt, um niedrigere Netzzugangsentgelte zu erreichen; Investitionsanreize sind dem Regelverfahren der ARegV grundsätzlich fremd.²¹⁹ Die Ausnahme der Investitionskosten und -erlöse von den Effizienzvorgaben steht somit in direktem Widerspruch zu den verfolgten Effizienzsteigerungen; die unmittelbare Abbildung der Plankosten in der Erlösobergrenze steht der Entkoppelung der Kosten von den Erlösen entgegen. Die Investitionsmaßnahme stellt somit eine systematische Besonderheit im System der Anreizregulierung dar.²²⁰ Diese zeigt sich auch darin, dass die Netzbetreiber die Erlösobergrenze in Eigenregie erhöhen können und nicht auf eine Genehmigung der BNetzA angewiesen sind – es ist lediglich eine Mitteilung i.S.d. § 28 ARegV erforderlich.

Die auch vom Verordnungsgeber erkannte Sonderstellung der Investitionsmaßnahme²²¹ findet ihre Rechtfertigung in den positiven Investitionsanreizen, die für den Erfolg der Energiewende eine wesentliche Rolle spielen. Gleichzeitig wird die Ausnahmestellung der Vorschrift durch die dargestellten investitionshemmenden Effekte relativiert, sodass es zu keiner vollständigen Abkehr der durch die Anreizregulierung aufgestellten Grundsätze kommt.

²¹⁸ Siehe oben C. IV. 3. c); C. V. 3.

²¹⁹ Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 238; Hardach, Anreizregulierung, S. 237.

²²⁰ Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 90; Hardach, Anreizregulierung, S. 237.

²²¹ Vgl. BR-Drs. 13/19, S. 22.

Durch den schnellen Übergang der Investitionsmaßnahme in das Regelverfahren der ARegV werden auch die Kosten und Erlöse den Effizienzvorgaben unterworfen. Insofern ist der systematischen Ausnahmestellung keine zu große Bedeutung beizumessen.

VI. Fazit

Die Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV stellt für die ÜNB und FLNB ein enorm wichtiges Instrument für ihre Investitionstätigkeit dar. Die im Wesen der Anreizregulierung enthaltenen investitionshemmenden Auswirkungen werden durch § 23 ARegV zumindest teilweise wieder ausgeglichen. Insbesondere durch den t-0-Verzug hat der Fördermechanismus eine wesentliche Verstärkung erfahren. Gerade bei den besonders kapitalintensiven Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen war es mit Blick auf die Investitionsanreize unverzichtbar, die zeitliche Verzögerung beim Refinanzierungsbeginn zu beseitigen und so die zusätzliche Belastung der Netzbetreiber zu reduzieren, die mit der durch die zeitliche Verzögerung entstandenen Zinslücke einherging. Diese guten und wichtigen Ansätze hat der Ordnungsgeber allerdings zumindest teilweise durch die Verkürzung der Genehmigungsdauer und Einführung des Abzugsbetrags wieder untergraben. Wegen des kürzeren Genehmigungszeitraums wird lediglich ein kleiner Teil der Betriebs- und Kapitalkosten eines Investitionsprojektes von den Effizienzvorgaben ausgenommen. Durch den Abzugsbetrag nach § 23 Abs. 2a ARegV wird den Netzbetreibern des Weiteren die Aussicht auf die attraktive Refinanzierung langfristiger Investitionen genommen. Auch wenn es zunächst nachvollziehbar erscheint, eine Mehrfachfinanzierung von Teilen der Investition durch die Netznutzer vermeiden zu wollen, birgt diese Regelung das Potential, die Vornahme von denjenigen langfristigen Investitionen zu verhindern, die für den Netzausbau wesentlich sind. Hierin wird das energiepolitische Spannungsverhältnis, in dem sich die Investitionsmaßnahme bewegt, besonders deutlich. Der Ordnungsgeber hat sich insoweit für die restriktive Anwendung des § 23 ARegV entschieden und somit dem Ziel einer preisgünstigen und effizienten Energieversorgung den Vorzug gegeben. Dies hält zwar einer rechtlichen Überprüfung stand, ist jedoch mit Blick auf den Fördermechanismus des § 23 ARegV kritisch zu beurteilen und nicht in jedem Fall nachvollziehbar, insbesondere vor dem Hintergrund, dass staatlich veranlasste Preisbestandteile den Großteil der Energiepreise ausmachen. Dies beinhaltet die Gefahr, dass im Ergebnis weder das Ziel geringerer Energiepreise noch erhöhter Investitionsanreize

erreicht werden können. Auch wenn die Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV den Netzbetreibern im Vergleich zum Regelverfahren bzw. t-2-Verzug attraktivere Investitionsbedingungen bieten kann, bleibt abzuwarten, ob dies trotz der teilweise investitionshemmenden Ausgestaltung für die Entfaltung der gewünschten Effekte ausreichend sein wird.

Literaturverzeichnis

- Agne, Sören / Finger, Hendrik / Hoffjan, Andreas / Ufer, Heinz-Werner* Erlöswirksamkeit von Netzinvestitionen in der Anreizregulierung: Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV; in: *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* (et) 2012, Heft 11, S. 64-68.
Zitiert: Agne/Finger/Hoffjan/Ufer, et 11/2012, 64.
- Balzer, Miriam / Schönefuß, Stephan* Erste rechtliche Bewertung des Endberichts der BNetzA zur Anreizregulierung nach § 112a EnWG; in: *Recht der Energiewirtschaft* (RdE) 2006, S. 213-217.
Zitiert: Balzer/Schönefuß, RdE 2006, 213.
- Baur, Jürgen / Salje, Peter / Schmidt-Preuß, Matthias* *Regulierung in der Energiewirtschaft*, 2. Auflage, Köln 2016.
Zitiert: Bearbeiter/Baur/Salje/Schmidt-Preuß.
- Berndt, Andrea* *Die Anreizregulierung in den Netzwirtschaften: Eine sektorübergreifende Untersuchung der Netzwirtschaften Energie, Telekommunikation und Eisenbahn*, Baden-Baden 2011.
Zitiert: Berndt, Anreizregulierung.
- Booz, Marco* Der regulatorische Rahmen für Verteilernetzbetreiber im Lichte der ARegV-Novelle 2016; in: *Recht der Energiewirtschaft* (RdE) 2018, S. 63-71.
Zitiert: Booz, RdE 2018, 63.
- Britz, Gabriele / Hellermann, Johannes / Hermes, Georg* *Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar*. 3. Auflage, München 2015.
Zitiert: Bearbeiter/Britz/Hellermann/Hermes.
- Broemel, Roland* *Strategisches Verhalten in der Regulierung*, Tübingen 2010.
Zitiert: Broemel, Regulierung.
- Brüning, Christoph* Das Öffentliche Preisrecht als Basisregel für „gerechte“ Preise bei Marktversagen und -ausfall und für Kostenerstattungen; in: *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl.) 2016, S. 1349-1353.
Zitiert: Brüning, DVBl. 2016, 1349.

- Büdenbender, Ulrich* Das deutsche Energierecht nach der Energierechtsreform 2005; in: *Energiewirtschaftliche Tagesfragen (et)* 2005, Heft 9, S. 642-655.
Zitiert: *Büdenbender*, et 9/2005, 642.
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn* Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG; Stand: 30.6.2006.
Zitiert: *BNetzA*, Bericht nach § 112a EnWG.
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn* Bundesnetzagentur und Netzbetreiber einigen sich bei Investitionsbudgets, Pressemitteilung, 24.2.2012.
Zitiert: *BNetzA*, Pressemitteilung v. 24.2.2012.
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn* Leitfaden zu Investitionsbudgets nach § 23 ARegV; Stand: 2010.
Zitiert: *BNetzA*, Leitfaden 2010.
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn* Leitfaden zu Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV; Stand: 2019.
Zitiert: *BNetzA*, Leitfaden 2019.
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn / Bundeskartellamt* Monitoringbericht 2020: Monitoringbericht gemäß § 63 Abs. 3 i.V.m. § 35 EnWG und § 48 Abs. 3 i.V.m. § 53 Abs. 3 GWB; Stand: 1.3.2021.
Zitiert: *BNetzA*, Monitoringbericht 2020.
- Burgi, Martin* Das subjektive Recht im Energieregulierungsverwaltungsrecht; in: *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)* 2006, S. 269-277.
Zitiert: *Burgi*, *DVBl.* 2006, 269.
- ders.* Regulierung, Investitionsfreiheit und technischer Fortschritt; in: *Schmidt-Preuß, Matthias / Körber, Torsten (Hrsg.)*, *Regulierung und Gemeinwohl*, S. 143-175, Baden-Baden 2016.
Zitiert: *Burgi*, *Regulierung, Investitionsfreiheit und technischer Fortschritt*, 143.
- Dauses, Manfred / Ludwigs, Markus* Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. EL, München Oktober 2020.
Zitiert: *Bearbeiter/Dauses/Ludwigs*, *HdB EU-WirtR.*
- Europäische Kommission* Mitteilung der Kommission: EUROPA 2020: Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM(2010) 2020 endgültig, 3.3.2010.
Zitiert: *Kommission*, *Europa 2020*, KOM(2010) 2020 endg.
- Fehling, Michael / Ruffert, Matthias* Regulierungsrecht, Tübingen 2010.
Zitiert: *Bearbeiter/Fehling/Ruffert*.

- Gersemann, Dieter* Novellierte Anreizregulierungsverordnung 2016; in: Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ) 2016, S. 531-536.
Zitiert: *Gersemann*, EnWZ 2016, 531.
- Grün, Philipp* Kosten in der Entgeltregulierung von Stromnetzen, Baden-Baden 2018.
Zitiert: *Grün*, Entgeltregulierung.
- Grüneberg, Christian* Die Rechtsprechung des Kartellsenats des BGH zum Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2014; in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2015, S. 394-400.
Zitiert: *Grüneberg*, NVwZ 2015, 394.
- Hardach, Felix* Die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze, Baden-Baden 2010.
Zitiert: *Hardach*, Anreizregulierung.
- Henneke, Hans-Günter / Ritgen, Klaus* Praxis der Kommunalverwaltung, Bd. D 3 Bund, Kommunales Energierecht, 3. Auflage, Wiesbaden 2015.
Zitiert: *Bearbeiter/PdK-Bund*, D 3.
- Holznapel, Bernd / Schütz, Raimund* Anreizregulierungsrecht. Energie – Bahn. Kommentar, 2. Auflage, München 2019.
Zitiert: *Bearbeiter/Holznapel/Schütz*.
- Klees, Andreas* Einführung in das Energiewirtschaftsrecht, Frankfurt am Main 2012.
Zitiert: *Klees*, EnWR.
- Kment, Martin* Energiewirtschaftsgesetz, NomosKommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2019.
Zitiert: *Bearbeiter/Kment* EnR.
- Korte, Klaas / Gawel, Erik* Anreizregulierung und Energiewende – eine Mesalliance?; in: InfrastrukturRecht (IR) 2013, S. 250-253.
Zitiert: *Korte/Gawel*, IR 2013, 250.
- Kühling, Jürgen / Rasbach, Winfried / Busch, Claudia* Energierecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2018.
Zitiert: *Kühling*, Energierecht.
- Markus, Ludwigs* Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht; in: JuristenZeitung (JZ) 2009, S. 290-297.
Zitiert: *Ludwigs*, JZ 2009, 290.

- Meinzenbach, Jörg* Die Anreizregulierung als Instrument zur Regulierung von Netznutzungsentgelten im neuen EnWG: Eine Untersuchung der normativen Vorgaben des § 21a EnWG im System einer wettbewerbsfördernden Netzentgeltkontrolle, Baden-Baden 2008.
Zitiert: Meinzenbach, Anreizregulierung als Instrument.
- Missling, Stephan* Das Regulierungskonto in der Anreizregulierung; in: InfrastrukturRecht (IR) 2010, S. 98-101.
Zitiert: Missling, IR 2010, 98.
- Mohr, Jochen* Anreizregulierung und Innovation; in: Recht der Energiewirtschaft (RdE) 2017, S. 273-281.
Zitiert: Mohr, RdE 2017, 273.
- ders.* Zugangs- und Entgeltregulierung als Aufgaben des Regulierungsrechts: Diskriminierungsfreiheit („Netzneutralität“), Angemessenheitskontrolle und Effizienz als Maßstäbe für die Ex-ante- und Ex-post-Missbrauchskontrolle im Regulierungs- und Wettbewerbsrecht (Art. 102 AEUV); in: Säcker, Franz Jürgen / Schmidt-Preuß, Matthias (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, S. 94-118, Baden-Baden 2015.
Zitiert: Mohr, Zugangs- und Entgeltregulierung, 94.
- Monopolkommission* Energie 2015: Ein wettbewerbliches Marktdesign für die Energiewende, Sondergutachten 71, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 EnWG, 2015.
Zitiert: Monopolkommission, Sondergutachten 71, 2015.
- Monopolkommission* Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Sondergutachten 54, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 EnWG.
Zitiert: Monopolkommission, Sondergutachten 54, 2009.
- Monopolkommission* Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Sondergutachten 59, Sondergutachten gemäß § 62 Abs. 1 EnWG.
Zitiert: Monopolkommission, Sondergutachten 59, 2011.
- Richter, Thilo* Die Trägheit der Regulierungsentscheidung als Rechtsproblem - Lösungsansätze für die Korrektur von Aktualitätsdefiziten in der Anreizregulierungsverordnung; in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2009, S. 270-275.
Zitiert: Richter, NVwZ 2009, 270.

- ders. / Schulze, Hans-Jörg* Die Finanzierung des Ausbaus von Höchstspannungsnetzen: Wechselwirkungen zwischen Planungs- und Regulierungsrecht; in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2014, S. 835-840.
Zitiert: Richter/Schulze, NVwZ 2014, 835
- Ruffert, Matthias* Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 5: Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
zitiert: Bearbeiter/Ruffert.
- Ruge, Reinhard* Rechtsfragen der Anreizregulierung nach § 21a EnWG; in: *Zeitschrift für neues Energierecht (ZNER)* 2006, S. 200-210.
Zitiert: Ruge, ZNER 2006, 200.
- Säcker, Franz Jürgen* Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1: Energiewirtschaftsgesetz und Energiesicherungsgesetz, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2019; Bd. 3: Europäische und deutsche Rechtsverordnungen zum Energierecht, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2018.
Zitiert: Bearbeiter/BerlKommEnR.
- ders.* Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht: Zur Reform des deutschen Energie- und Telekommunikationsrechts; in: *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)* 2005, S. 180-224.
Zitiert: Säcker, AöR 130 (2005), 180.
- ders.* Die wettbewerbsorientierte Anreizregulierung von Netzwirtschaften; in: *Netzwirtschaften & Recht (N&R)* 2009, S. 78-85.
Zitiert: Säcker, N&R 2009, 78.
- ders. / Meinzenbach, Jörg* Der Effizienzkostenmaßstab des § 21 Abs. 2 EnWG im System der energierechtlichen Netzentgeltregulierung; in: *Recht der Energiewirtschaft (RdE)* 2009, S. 1-14.
Zitiert: Säcker/Meinzenbach, RdE 2009, 1.
- Schendel, Jörg* Investitionsanreize in der Anreizregulierung: Schritte vorwärts und zurück; in: *InfrastrukturRecht (IR)* 2011, S. 242-246.
Zitiert: Schendel, IR 2011, 242.
- Schirmer, Benjamin / Seiferth, Conrad* Energiewende und die Zulassung von Netzausbauprojekten; in: *Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR)* 2013, S. 515-526.
Zitiert: Schirmer/Seiferth, ZUR 2013, 515.

- Schmidt-Preuß, Matthias* Das Europäische Regulierungsrecht der Netzindustrien als inter- und intradisziplinäre Disziplin; in: Bien, Florian / Ludwigs, Markus (Hrsg.), Das europäische Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien, S.11-38, Baden-Baden 2015.
Zitiert: Schmidt-Preuß, Regulierungsrecht der Netzindustrien, 11.
- ders.* Das Recht der Regulierung – Idee und Verwirklichung; in: Säcker, Franz Jürgen / Schmidt-Preuß, Matthias (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, S. 68-84, Baden-Baden 2015.
Zitiert: Schmidt-Preuß, Recht der Regulierung, 68.
- ders.* Der verfassungsrechtliche Schutz der Unternehmenssubstanz: Kernfragen der staatlichen Festsetzung von Netznutzungsentgelten im Stromsektor; in: Energiewirtschaftliche Tagesfragen (et) 2011, Heft 11, S. 758-764.
Zitiert: Schmidt-Preuß, et 11/2011, 758.
- ders.* Energie und Eigentum; in: Recht der Energiewirtschaft (RdE) 2019, S. 149-158.
Zitiert: Schmidt-Preuß, RdE 2019, 149.
- ders.* Energierecht heute; in: Recht der Energiewirtschaft (RdE) 2017 (Sonderheft), S. 3-9.
Zitiert: Schmidt-Preuß, RdE 2017 (Sonderheft), 3.
- ders.* Regulierung im neuen „Energiepaket“: „Philosophie“ und Netznutzungsentgelte; in: InfrastrukturRecht (IR) 2004, S. 146-168.
Zitiert: Schmidt-Preuß, IR 2004, 146.
- ders.* Substanzerhaltung und Eigentum: Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Bestimmung von Netznutzungsentgelten im Stromsektor, Baden-Baden 2003.
Zitiert: Schmidt-Preuß, Substanzerhaltung und Eigentum.
- Schuler, Andreas* Die Förderung des Netzausbaus durch Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV; in: Recht der Energiewirtschaft (RdE) 2020 (Sonderheft), S. 57-63.
Zitiert: Schuler, RdE 2020 (Sonderheft), 57.
- ders.* Die Investitionsmaßnahme nach § 23 Anreizregulierungsverordnung, Baden-Baden 2020.
Zitiert: Schuler, Investitionsmaßnahme.

- Stelter, Christian* Kernprobleme der novellierten Anreizregulierungsverordnung; in: Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ) 2017, S. 147-152.
Zitiert: *Stelter*, EnWZ 2017, 147.
- Strobel, Tobias* Der Ausbau grenzüberschreitender Verbindungsleitungen im Elektrizitätsbereich - Eine insbesondere regulierungsrechtliche Betrachtung; in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 2016, S. 543-551.
Zitiert: *Strobel*, DVBl. 2016, 543.
- ders.* Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber: Insbesondere historische Entwicklung, Durchsetzung und unternehmerische Eigenverantwortlichkeit, Baden-Baden 2017.
Zitiert: *Strobel*, Investitionspflichten.
- Theobald, Christian / Kühling, Jürgen* Energierecht: Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen, Kommentar, 108. EL, München 2020.
Zitiert: *Bearbeiter/Theobald/Kühling* EnR.
- ders. / Theobald, Christiane* Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, Die Liberalisierung der Strom- und Gaswirtschaft, 3. Auflage, München 2013.
Zitiert: *Theobald/Theobald*, Grundzüge EnWR.
- Walther, Ralf* Die Regulierung der Elektrizitätsnetzentgelte nach der Anreizregulierungsverordnung: Eine rechtliche Untersuchung der Anreizregulierung sowie ihrer verfassungsrechtlichen Grenzen, Baden-Baden 2009.
Zitiert: *Walther*, Regulierung der Elektrizitätsnetzentgelte.

Consideration and promissory estoppel: how to enforce promises under American Law

Amanda Lemos Dill*

Summary: I. Introduction. II. The Theory of Consideration to enforce promises. 1. The Modern Doctrine of Consideration. 2. Applicability and difficulties of the Doctrine of Consideration. III. Promissory estoppel as a substitute for consideration. 1. Understanding promissory estoppel. 2. Case law illustrating promissory estoppel as a substitute for consideration. IV. Conclusion.

I. Introduction

Under American law, jurists understand that contracts are formed by two basic elements: (1) mutual assent of the parties and (2) enforceability. This paper aims to expose the requirement of enforceability and to comprehend the American Law of Contracts from a Civil Lawyer's perspective.

Preliminarily, it is necessary to advise that the purpose here is not to compare requirements to enforce contracts in Brazil and in the United States of America, because they have nothing directly comparable.¹ The main idea is to understand what could characterize the element of enforceability in American Law of Contracts.

* Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada. E-mail: amandadill@hotmail.com.br.

¹ Considering Civil Law and Common Law, see ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 398.

There are two main elements that make promises² enforceable in United States of America: consideration and promissory estoppel.³ Each of these doctrines could be studied in one whole paper – or even in one whole book. In order not to extend its purpose, this paper will deal with the modern formation of the doctrine of consideration (Part 1) and the promissory estoppel as a substitute for consideration to enforce some promises (Part 2).

Part 1 is subdivided in two topics: firstly, the doctrine of consideration will be exposed, and secondly, this theory and its difficulties will be illustrated with case law. Part 2 is also subdivided in two topics: firstly, promissory estoppel will be explained as a substitute for consideration, and after that this theory will be exemplified with case law.

Each Part has a specific topic of case law since American Law is historically a judge-made-law.⁴ Moreover, references will be made regarding legislative texts and Restatements of Contracts, which were elaborated by American Law Institute, a private association that consolidates the opinion of legal jurists and jurisprudence.⁵

Finally, by way of introduction, it is important to notice what was stated by Perillo: “No legal system enforces all promises”.⁶ Business would become very complicated and too risky if all promises were binding. In fact, people do not want to be bound until the final stage, when some formality like the signing of papers gives the feeling of security.⁷ This is the reason why the study of enforceability of promises is so relevant.

² CORBIN, Arthur. Offer and acceptance, and some of the resulting legal relations, *Yale Law Journal*, v. 26, 1917, p. 171: “A promise is an expression of intention that the promisor will conduct himself in a specified way in the future, with an invitation to the promisee to rely thereon.” See, also, the definition of promise in the Restatement (Second) of Contracts, in its § 2: “a promise is a manifestation of intention to act or refrain from acting in a specified way, so made as to justify a promisee in understanding that a commitment has been made”.

³ Another element of enforceability under American Contract Law is the requirement of a formality (contracts under seal), which will not be examined in this paper. For contracts under seal, see PERILLO, Joseph. *Contracts*. United States of America: West Academic Publishing, 2014.

⁴ Regarding this: SIMPSON, A.W.B. *A history of the Common Law of contract: the rise of action of assumpsit*. New York: Oxford University Press, 1987, p. 3: “The modern English law of contract has grown up around an action known as the action of assumpsit (...) Long before the rise of assumpsit the common law courts were exercising an extensive jurisdiction over private contracts, and had built up a considerable and sophisticated body of contractual doctrine.”

⁵ “The American Law Institute is the leading independent organization in the United States producing scholarly work to clarify, modernize, and otherwise improve the law.” AMERICAN LAW INSTITUTE, available at: <https://www.ali.org/about-ali/>

⁶ PERILLO, Joseph. *Contracts*. United States of America: West Academic Publishing, 2014, p. 156.

⁷ COHEN, Morris R. The basis of contract. *Harvard Law Review*, 553, 1933, p. 573.

II. The Theory of Consideration to enforce promises

Common Law requires, for a promise to be binding, that it must be made for a consideration.⁸ The doctrine of consideration is a historical phenomenon; hence, it is necessary to expose a brief historical overview to comprehend it (1.1). After that, the paper focuses on the difficulties to apply this rigid and formalist doctrine to enforce promises (1.2).

1. *The Modern Doctrine of Consideration*

Before the nineteenth century, courts insisted that only promises supported by consideration were legally enforceable. But defining exactly what formed a consideration was not important in that moment.⁹

The modern history of consideration is related to the writ system, specially to the action or writ of *assumpsit*, which was the core of American Contract Law until mid-nineteenth century.¹⁰ A writ was an order given by a legal judge, that served both as a definition of the cause of action and as a definition of available remedies. Each writ had a name and was a recognized justification for legal action.¹¹ In order to file a lawsuit, it was necessary to make the facts conform to a recognized cause of action.¹²

The writ system was very rigid and formal. Therefore, it avoided much of the practitioner's need for legal theory. As it was stated by Simpson: "the sixteenth-century cases do not concern themselves with the question 'when is a promise is binding?' but only with the question 'when is a breach of promise actionable?'"¹³

⁸ PERILLO, Joseph. *Contracts*. United States of America: West Academic Publishing, 2014, p. 157.

⁹ BAIRD, Douglas G. *Reconstructing contracts*. United States of America: Harvard University Press, 2013, p. 26.

¹⁰ PERILLO, Joseph M. *Contracts*. United States of America: West Academic Publishing, 2014, p. 158. See also: BARNETT, Randy E. *The Oxford Introduction to U.S. Law: Contracts*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 1.

¹¹ BARNETT, Randy E. *The Oxford Introduction to U.S. Law: Contracts*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 1-2.

¹² GORDLEY, James. *The Jurists: a critical history*. United States of America: Oxford University Press, 2013, p. 204: "English judges used cases to determine the scope of writs recognized by the courts. Until the nineteenth century, to obtain a relief, the facts of the plaintiff's case had to fit one of the existing writs, or "forms of action."

¹³ SIMPSON, A.W.B. *A history of the Common Law of contract: the rise of action of assumpsit*. New York: Oxford University Press, 1987, p. 466.

The writ system was abolished in the nineteenth century, and then the need to conceptualize causes of action arose.¹⁴ This scenario, characterized by the absence of theory until the nineteenth century, contributed to the formation of a rigid and formalist doctrine of contract law.¹⁵

When Common Lawyers began to search for a theory or for a coherent definition of consideration, they equated consideration to *causa*.¹⁶ In this sense, “the consideration for a promise meant the factors which the promisor considered when he promised, and which moved or motivated his promising”.¹⁷ Blackstone,¹⁸ as was observed by James Gordley, defined consideration as the reason of contracts, and added that consideration should be something mutual, reciprocal, something given in exchange.¹⁹

Therefore, the essence of the doctrine of consideration was the factors that motivated the parties to contract, and it was understood as the cause of an exchange.²⁰

The reason why *causa* and consideration were connected in their origins is because both arose from the theories developed by the late scholastics. When Common Lawyers began to theorize about contract law in England, they borrowed doctrines from Grotius, Pufendorf, Domat and Pothier – authors who were highly influenced by the findings of the late scholastics.²¹

Besides that, the doctrines of *causa* and consideration have mutually influenced each other, as both try to explain why some promises are legally

¹⁴ BARNETT, Randy E. *The Oxford Introduction to U.S. Law: Contracts*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 2.

¹⁵ *Ibidem*, p. 2.

¹⁶ GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. New York: Oxford University Press, 1991, p. 138. See also: LORENZEN, Ernest. G. Causa and consideration in the law of contracts. *Yale Law Journal*, Issue 7, Volume 28, 1919, p. 636 “Although the term “consideration” came in the course of time to mean something quite distinct from *causa*, they were used interchangeably over a considerable period of time in the English law. In *Calthorpe’s Case*’ consideration is still defined as a “cause or meritorious occasion, requiring a mutual recompense, in fact or in law.”

¹⁷ SIMPSON, A.W.B. *A history of the Common Law of contract: the rise of action of assumpsit*. New York: Oxford University Press, 1987, p. 321.

¹⁸ Blackstone was the first to theorize about contract law in England, according to GORDLEY, James. *The Jurists: a critical history*. United States of America: Oxford University Press, 2013, p. 211.

¹⁹ GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. New York: Oxford University Press, 1991, p. 138.

²⁰ *Ibidem*, p. 138.

²¹ *Ibidem*, p. 134. About the influence of Pothier’s doctrine see: PERILLO, Joseph. Robert J. Pothier’s influence on the common law of contract. *Fordham University School of Law*, Research Paper 63, October 2004.

enforceable and why others are not.²² The opinion of James Gordley is relevant to comprehend this phenomenon:

Actually, the doctrines of consideration and *causa* had little to do with each other. There is a famous and inconclusive debate as to whether the common law judges who originally developed the doctrine of consideration did so under the influence of the doctrine of *causa*. However that may have been, the consideration of the common law judges soon ceased to resemble the *causa* of Bartolus and Baldus, the late scholastics and the natural lawyers.²³

Consideration meant the sole motive for promising or the equality in the values exchanged, for Christopher Langdell.²⁴ This vision is important, because Langdell, pursuant to Grant Gilmore, was the first to see contract as a theory in United States of America.²⁵

Langdell's theory about consideration was based on the notion of benefit-detriment. According to Gilmore, the benefit-detriment theory establishes that: "if a promisor received any benefit for a transaction, that was sufficient consideration to support his promise. On the other hand, if a promisee suffered any detriment, that, likewise, was sufficient to support the promise. Any benefit would do; any detriment would do."²⁶ In other words, promises should be binding if the promisor had been paid or had received (or will receive) something in return.²⁷

Pursuant to Gordley, according to this theory it was possible to deem a peppercorn as a sufficient consideration for a house.²⁸ Besides that, Langdell did not explain the meaning of sole motive, or what could characterize the motive or reason for contract.²⁹

²² SILVA, Luis Renato Ferreira da Silva. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 56-57.

²³ GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. New York: Oxford University Press, 1991, p. 137.

²⁴ *Ibidem*, p. 172.

²⁵ GILMORE, Grant. *The death of contract*. 2nd ed. Edited and with a foreword by Ronald K. L. Collins. Columbus: The Ohio State University Press, 1995, p. 14.

²⁶ *Ibidem*, p. 20.

²⁷ SIMPSON, A.W.B. *A history of the Common Law of contract: the rise of action of *assumpsit**. New York: Oxford University Press, 1987, p. 486.

²⁸ GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. New York: Oxford University Press, 1991, p. 171-172.

²⁹ *Ibidem*, p. 172.

As a result, this theory was replaced by the bargain theory developed mainly by Oliver Wendell Holmes Jr. and Sir Frederick Pollock. According to Holmes, in many cases a promisee could incur a detriment without the presence of consideration: “The detriment may be nothing but a condition precedent to performance, as where a man promises another to pay five hundred dollars if he breaks his leg”.³⁰ Moreover, Holmes pointed out that a party does not have one reason or one motive to contract, but plenty of reasons.³¹

By the end of the nineteenth century the Common Lawyers began to understand that the benefit or detriment had to be bargained for. And, in 1933, the first Restatement of Contracts³² defined consideration without mentioning benefit or detriment, but exclusively in terms of bargain.³³ The benefit-detriment theory, which was not sufficient to explain why some promises were legally enforceable, was supplanted by the bargain theory of consideration.

Hence, the theory that prevailed was the one which understood that only promises that are part of bargained-for exchange are legally enforceable,³⁴ as Holmes explains:

“it is the essence of a consideration, that, by the terms of the agreement, it is given and accepted as the motive or inducement of the promise. Conversely, the promise must be made and accepted as the conventional motive or inducement for furnishing the consideration. The root of the whole matter is the relation of reciprocal conventional inducement, each for the other, between consideration and promise.”³⁵

Therefore, under the bargain theory, the idea of exchange is central.³⁶ The requirement of an “exchange” may have seemed indispensable to eighteenth

³⁰ HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. 264.

³¹ GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. New York: Oxford University Press, 1991, p. 172.

³² AMERICAN LAW INSTITUTE. First Restatement of Contracts, 1932, Section 75. DEFINITION OF CONSIDERATION. (1) Consideration for a promise is (a) an act other than a promise, or (b) a forbearance, or (c) the creation, modification or destruction of a legal relation, or (d) a return promise, bargained for and given in exchange for the promise. (2) Consideration may be given to the promisor or to some other person. It may be given by the promisee or by some other person.

³³ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3rd ed. New York: Aspen Law & Business, 1999, p. 45.

³⁴ BAIRD, Douglas G. *Reconstructing contracts*. United States of America: Harvard University Press, 2013, p. 26.

³⁵ HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. 265.

³⁶ PERILLO, Joseph M. *Contracts*. United States of America: West Academic Publishing, 2014, p. 161.

and nineteenth century lawyers due to the influence of Adam Smith, who has defined the term “bargain” as: “Give that which I want, and you shall have this which you want, is the meaning of every such offer”.³⁷

The value of what was given in return for the promise did not matter: what only mattered was that it was a part of an exchange.³⁸ Because of that, one could not understand the word bargain literally, in the sense that performance and counterperformance must in some sense be equivalent. A promise is binding even if the counterpart is trivial or even nominal: a peppercorn will suffice.³⁹

This formulation of the doctrine of consideration became classic since nobody could think of a better alternative, according to Gordley.⁴⁰ Even though this doctrine has become extremely complex, its basic idea was clear enough: “There is a consideration for a promise if the promisor makes it in order to obtain a desired counterpart.”⁴¹

The classic case *Hamer v. Sidway*⁴² explains the idea that a bargained-for promise is enforceable, regardless of what was being promised and regardless of the social environment in which it took place.⁴³ The facts go as it follows: an uncle promised to pay five thousand dollars to his nephew, if the nephew would refrain from drinking, using tobacco, swearing and playing cards or billiards for money until he became 21 years of age. Although the nephew complied with his promise, the uncle died before paying the promised sum and the executor of the uncle’s Estate denied the payment, on the grounds that

³⁷ SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Lausanne: Metalibri digital library, 2007, p. 16.

³⁸ According to Perillo: “As a general rule the courts do not review the adequacy of consideration. The parties make their own bargains. Economic inadequacy of the detriment is, however, one of the factors to be considered in determining whether the promisor really exchanged the promise in return for a small detriment.” (PERILLO, Joseph M. *Contracts*. United States of America: West Academic Publishing, 2014, p. 162).

³⁹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 391. See also: Restatement Second, § 79. Adequacy of Consideration; Mutuality of Obligation. If the requirement of consideration is met, there is no additional requirement of (a) a gain, advantage, or benefit to the promisor or a loss, disadvantage, or detriment to the promisee; or (b) equivalence in the values exchanged; or (c) “mutuality of obligation.”

⁴⁰ GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. New York: Oxford University Press, 1991, p. 173.

⁴¹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 390.

⁴² *Hamer v. Sidway*. 27 N.E. 256 (N.Y. 1891).

⁴³ BAIRD, Douglas G. *Reconstructing contracts*. United States of America: Harvard University Press, 2013, p. 29.

there was no consideration for the promise made by the uncle. The executor argued that the nephew, by not drinking nor using tobacco, only benefitted himself, doing what was best for him apart from the uncle's promise. Therefore, pursuant to executor, there was no detriment nor benefit.

The Court of Appeals of New York rejected the executor's allegation on the grounds that courts "will not ask whether the thing which forms the consideration does in fact benefit the promisee, or is of any substantial value to anyone. The only requirement is something promised, done, forbore or suffered by the party to whom the promise is made as consideration for the promise made to him".⁴⁴ That is to say: the nephew had the legal right to use tobacco and drink liquor and he refrained from doing it for a period of years upon his uncle's promise. There was no need to speculate on the nephew's effort to refrain from using those substances. The restriction on the nephew's freedom of action was sufficient and there was no need for the court to inquire what benefit the promisor had gained.

Therefore, the court considered that the promise made by the uncle was enforceable, and the case became important in Contract Law for establishing that forbearance (agreeing not to do something that one has a legal right to do) can constitute adequate consideration, sufficient for a valid and enforceable contract. Moreover, case also illustrates that under the bargain theory it does not matter what the consideration is, but only whether each party's promise or performance was the inducement for the other party's promise or performance.⁴⁵ As a consequence, one of the advantages of the bargain theory is the possibility to identify, according to context, the intention of the parties to be legally bound, without inquiring benefit or detriment.⁴⁶

In sum, consideration "is defined as something either given or promised in exchange for a promise."⁴⁷ The Restatement Second embraced this meaning in its §71, stating that something will be bargained for "if it is sought

⁴⁴ Hamer v. Sidway. 27 N.E. 256 (N.Y. 1891).

⁴⁵ BARNETT, Randy E. *The Oxford Introduction to U.S. Law: Contracts*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 152.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 153.

⁴⁷ FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. New York: Oxford University Press, 2015, p. 28.

by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise.”⁴⁸

Moreover, Perillo stated that there are three elements that must coexist for a promise to be supported by a consideration. First, the promisee must suffer legal detriment; that is, do or promise to do what the promisee was not obligated to do, or refrain or promise to refrain from doing what the promisee is legally privileged to do. The word detriment, in this sense, does not mean economic harm. Second, the detriment must induce the promise. The promisor must have made the promise because the promisor wishes to exchange it. In other words, the promise must be made to induce the conduct of the promisee. Third, the promise must induce the detriment. That is, the promise must induce the promisee to exchange its conduct for the promise.⁴⁹

In short, the essence of consideration is a legal detriment that has been bargained for by the promisor and exchanged by the promisee in return for the promisor’s promise.

This notion of consideration is very different from *causa*, either in its objective or subjective sense. And it could be comparable to *causa* as legal reason, as reason of a reciprocal transaction.⁵⁰ However, it is not possible to compare these two doctrines, because they diverge very widely, although both deal with the problem of enforceability in its respective systems.⁵¹

⁴⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of Contracts, 1981, §71. “Requirement of Exchange; Types of Exchange (1) To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for. (2) A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise. (3) The performance may consist of (a) an act other than a promise, or (b) a forbearance, or (c) the creation, modification, or destruction of a legal relation. (4) The performance or return promise may be given to the promisor or to some other person. It may be given by the promisee or by some other person.” FARNSWORTH, E. Allan. Contracts. 3rd ed. New York: Aspen Law & Business, 1999, p. 45.

⁴⁹ PERILLO, Joseph. *Contracts*. United States of America: West Academic Publishing, 2014, p. 158-160.

⁵⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A doutrina da consideration e suas relações com a teoria da causa. In: BRANDELLI, Leonardo. Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado. Coletânea em homenagem à Professora Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2014, p. 293. This Author points out five meanings of *causa*: it could be equivalent to a motive; a contractual objective; an economic function of the contract; a source or origin of an obligation and the reason why some acts are enforceable. This last meaning could be compared to consideration, since demands in addition to consent, acts of transposition of assets that justify the presence and maintenance of a contractual contract beyond will.

⁵¹ MEHREN, Arthur T. Von. Civil-Law analogues to consideration: an exercise in comparative analysis. *Harvard Law Review*, v. 72, number 6, 1959, p. 1010.

It is important to notice that “consideration is essentially an exchange and parties cannot bargain for exchange something that has already occurred”.⁵² It means that promises are not enforceable when based in past consideration.

This notion of consideration has two consequences, according to Farnsworth.⁵³

First, it made some promises enforceable that previously might have been unenforceable. It did so by shifting the concern of judges away from the substance of the exchange. Judges only had to analyze the process by which the parties had arrived at the exchange. Once this process was satisfied, the test of enforceability is achieved. *Hamer v. Sidway* is an example of this reasoning.⁵⁴

Second, this notion made unenforceable some promises that previously might have been enforceable. A bargained-for context may be lacking in transactions that took place outside of marketplace. Exchanges in a family setting, for example, are often made not through bargain and promises made in such settings often turned out to be unenforceable.⁵⁵

These two consequences will be further analyzed in the next topic, which will illustrate the difficulty to apply the doctrine of consideration outside the marketplace.

2. *Applicability and difficulties of the Doctrine of Consideration*

To understand the doctrine of consideration, as well as to comprehend how difficult it is to find the boundaries of the consideration’s requirements, this topic will analyze case law. The three cases mentioned below will illustrate that the theory of consideration is, in reality, very complex, although it appears to be simple in a first glance.

The first case that illustrates this difficulty is *Mills v. Wyman*.⁵⁶ This case was decided by the Supreme Judicial Court of Massachusetts in 1825. While traveling abroad, Wyman’s adult son became ill and was cared by the plaintiff, Mills, without Wyman’s request or consent. Afterwards, Wyman (the father) promised to pay Mills for his expenses, but later recanted and refused to pay. Mills sued for enforcement of Wyman’s father promise. The trial Court denied the claim, and this decision was affirmed by the Supreme Court.

⁵² PERILLO, Joseph M. *Contracts*. United States of America: West Academic Publishing, 2014, p. 161.

⁵³ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3rd ed. New York: Aspen Law & Business, 1999, p. 46.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 46.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 46.

⁵⁶ *Mills v. Wyman*. 20 Mass. 207 (1825).

Was the defendant's moral obligation, arising from the plaintiff's care for his son, sufficient consideration to bind his promise to pay? The answer in 1825 was negative. According to the Court, a mere moral obligation is not sufficient to be legally binding, since the defendant's son was an adult who was responsible for his own debts, and any debt he incurred created no obligation upon the defendant. Without consideration, the defendant's promise founded upon such a debt had no legally binding force.

Williston defended this position to deny the enforceability of moral obligation. Pursuant to this jurist, "The test of moral consideration must vary with the opinion of every individual" and if "there is a moral obligation to perform every promise, it would seem that if morality was to be the guide, every promise would be enforced."⁵⁷

In opposition, Fuller understood that the solution to provide certainty to moral consideration is taming it "by continuing the process of judicial exclusion and inclusion already begun in the cases involving infants' contracts, barred debts, and discharged bankrupts."⁵⁸

One of these paradigmatic cases, according to Farnsworth,⁵⁹ is *Webb v. McGowin*,⁶⁰ in which Webb saved McGowin's life by an act of heroism that left Webb badly crippled for life. McGowin promised to pay him a sum of money every two weeks for the rest of Webb's life. Payments have been made for more than eight years, until after McGowin's death. However, the executor of McGowin's Estate refused to continue to pay this value.

Webb sued the Estate to continue receiving the payments. The Court of Alabama in 1935 held that the promise was enforceable, since McGowin received a material benefit from Webb, so McGowin was morally bound to compensate him.

The Court stated that "a moral obligation is a sufficient consideration to support a subsequent promise to pay where the promisor has received a material benefit, although there was no original duty or liability resting on the promisor."⁶¹

⁵⁷ Williston, *Contracts* §148 (1st ed. 1920), apud. FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3rd ed. New York: Aspen Law & Business, 1999, p. 59.

⁵⁸ FULLER, Lon L. Consideration and Form; 41 *Columbia Law Review*, 799, 1941, p. 822.

⁵⁹ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3rd ed. New York: Aspen Law & Business, 1999, p. 59.

⁶⁰ *Webb v. McGowin*. 27 Ala. App. 82, 168 So 196 (1935).

⁶¹ *Ibidem*.

More than a hundred years after *Mills v. Wyman*, the Courts started to recognize the possibility of a moral obligation constitute a sufficient consideration, when there is a material benefit.

The third case that illustrates how problematic is the applicability of the doctrine of consideration outside the marketplace, in particular when involving moral obligations or family relations, is *Williams v. Ormsby*.⁶²

Amber Williams had a romantic relationship with Frederick Ormsby. In May 2004, Frederick moved into Amber's house. Frederick begun paying the mortgage in August and paid the 2004 property taxes. In return, Amber gave Frederick title to the property.

The couple, however, had a fight and split up. In March 2005 Amber Williams left the house and Frederick obtained a restraining order against her. As a result of this separation, Amber and Frederick signed a document in March 2005 to immediately sell the house and allocate the proceeds.

Two months later, the couple tried to get back together. Amber refused to move back into the house with Frederick unless he granted her an undivided one-half interest in the property. In June 2005, they signed a second contract, that made them equal partners in the house, among other things, providing for property disposition if their relationship ended. Amber returned to the house, and the couple resumed their relationship.

However, they split up again in 2007 and Frederick left the house in April 2008. In the next month, Amber and Frederick filed a suit against each other. Amber sought specific performance of the June's contract or damages from the breach of the contract. Frederick sought a declaratory judgment that the contracts were invalid for lack of consideration.

The trial court decided that the March agreement (the first contract) was supported by consideration, but that the June one (the second contract) was not.

The Ninth District Court of Appeals reversed the trial court's judgment, concluding that, under the facts of this case, "moving into a home with another and resuming a relationship can constitute consideration sufficient to support a contract". The Court of Appeals stated that Williams's decision was not without reciprocal benefits, because romantic relationships typically involve some sacrifice by each partner: "Williams agreed to undertake a way of life that entailed among other things 'providing companionship, and fulfilling each other's needs, financial, emotional, physical, and social, as best as [she was] able, as well as forgoing other romantic possibilities'"⁶³.

⁶² *Williams v. Ormsby*: 131 Ohio St.3d 427, 2012-Ohio-690, 966 N.E.2d 255 (2012).

⁶³ *Ibidem*.

Frederick appealed, and the Supreme Court of Ohio decided that “moving into home with another and resuming a romantic relationship cannot serve as a legal consideration for a contract, love and affection is insufficient consideration for a contract”⁶⁴. In its decision, the Supreme Court of Ohio refused all elements stated by the Ninth District Court of Appeals. According to the Supreme Court’s interpretation:

“although the June document states that the agreement was made ‘for valuable consideration’, it does not specify what the consideration is. The document does not refer to ‘fulfilling each other’s needs, financial, emotional, physical, and social’. The Court of Appeals supplied those terms on its own. And unlike the March 2005 agreement, which contains mutual obligations and benefits [...], the June 2005 document requires Frederick to pay all expenses, taxes, and insurance costs. [...] Rather, the evidence demonstrates that the only consideration offered by Amber for the June 2005 agreement was her resumption of a romantic relationship with Frederick. There is no detriment to Amber in the June 2005 document, only benefit. Essentially, these agreement amounts to a gratuitous promise by Frederick to give Amber an interest in property based solely on the consideration of her love and affection. Therefore, the June 2005 document is not unenforceable contract because it fails for want of consideration.”⁶⁵

Judge Pfeifer dissented in part of the judgment. He concurred that love and affection could not support a consideration, because it is “a fact that is outside the contract and this is of no relevance”.⁶⁶ However, he understood that there was consideration in both contracts, since the parties wrote that they would be entering a relationship “for valuable consideration”. If this expression was sufficient to hold the first contract enforceable, it should be also sufficient to hold the second contract enforceable.

Other examples could be analyzed, but the point has been made: it is very difficult to define what is consideration, and its requirements until today are not clear. Hence “in order to avoid the unsatisfactory results to which the doctrine of consideration can lead in certain types of case, courts in United States have developed the device of ‘promissory estoppel’”.⁶⁷

⁶⁴ Williams v. Ormsby: 131 Ohio St.3d 427, 2012-Ohio-690, 966 N.E.2d 255 (2012).

⁶⁵ Ibidem, § 43.

⁶⁶ Ibidem, § 43.

⁶⁷ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 392.

III. Promissory estoppel as a substitute for consideration

The failure of the doctrine of consideration to provide a more satisfactory basis for enforcing some promises has brought pressure for its reform.⁶⁸ Therefore, the doctrine of promissory estoppel was coined, and its formation and understanding will be exposed in the first topic (2.1.). After that, the paper will aim on how courts have been applying promissory estoppel as a substitute for consideration (2.2.).

1. *Understanding promissory estoppel*

The legal doctrines of contract law are notorious for being rigid and formalistic, completely isolating contract law from morality. Under this approach, there was no place for enforcing mere promises in Contract Law.⁶⁹

The contractual doctrine of consideration was applied in several cases that failed to conform to the “bargain” paradigm. Some courts forced these cases into the bargain mold; other simply gave up and fell in line with the new orthodoxy.⁷⁰ In some cases, the doctrine of consideration could not be perfectly framed, such as promises to make a marriage settlement, to convey land or pay money, or when there were charitable subscriptions, later revoked by the promisor or her survivors.⁷¹

In fact, the theory of Langdell and Holmes could be doctrinally correct in not realizing justifiable reliance as an element of reciprocity able to characterize a consideration.⁷² However, this classical doctrine overlooked the reality of equity courts that were deciding this way.⁷³

In this context, the concept of promissory estoppel was coined by Samuel Williston in the 1920 edition of his treatise, where he pulled together an assortment of cases where promises without consideration had been enforced

⁶⁸ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3rd ed. New York: Aspen Law & Business, 1999, p. 91.

⁶⁹ HARRIS, Annabelle. The Doctrine of Promissory Estoppel in an Arm’s Length Commercial Transaction in Tennessee: A Primer. *University of Memphis Law Review*, v. 49, n. 3, Spring 2019, p. 813-846, p. 815.

⁷⁰ KNAPP, Charles L. Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel, 49 *Hastings Law Journal*, 1998, p. 1196.

⁷¹ *Ibidem*, p. 1196.

⁷² TEEVEN, Kevin. A History of promissory estoppel Growth in the Face of Doctrinal Resistance. *Tennessee Law Review* 72, no. 4, 2005, p. 1120.

⁷³ *Ibidem*, p. 1120.

on one theory or another. The common thread through these cases was that the promisee had relied on the promise.⁷⁴

Williston explained that justifiable reliance had generally been relied upon in cases of charitable subscriptions where courts had become unsatisfied with the doctrine of consideration.⁷⁵ Hence, he offered alternative roles for promissory estoppel, as a substitute for consideration or as a basis for a finding of consideration.⁷⁶

In 1932, through the combined efforts of Williston and Corbin, Section 90 of the First Restatement of Contracts adopted the concept of promissory estoppel, which was called “promise reasonably inducing definite and substantial action.”⁷⁷

The Section 90 stated that: “a promise which the promisor should reasonable expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided.”⁷⁸

Four conditions were required to enforce promises under Section 90 of First Restatement of Contracts: the promisor should have reasonably expected that his promise would induce action or forbearance; injustice could be avoided only by enforcement of the promise; the reliance was of a substantial character; and reliance was of a definite character.⁷⁹

Facing this Section and comparing with Section 75 of the First Restatement of Contracts,⁸⁰ which defined consideration, Gilmore said that: “one thing that is clear is that these two contradictory propositions cannot live comfortably together; in the end one must swallow the other up”.⁸¹

⁷⁴ PERILLO, Joseph M. *Contracts*. United States of America: West Academic Publishing, 2014, p. 227.

⁷⁵ TEEVEN, Kevin. A History of promissory estoppel Growth in the Face of Doctrinal Resistance. *Tennessee Law Review* 72, no. 4, 2005, p. 1135.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 1135.

⁷⁷ KNAPP, Charles L. *Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel*, 49 *Hastings L.J.* 1191, 1998, p. 1197

⁷⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of Contracts*, 1932, § 90.

⁷⁹ EISENBERG, Melvin Aron. Principles of consideration. *Cornell Law Review*, v. 67, n. 4, 1981-82, p. 657.

⁸⁰ AMERICAN LAW INSTITUTE. *First Restatement of Contracts*. Section 75. DEFINITION OF CONSIDERATION. (1) Consideration for a promise is (a) an act other than a promise, or (b) a forbearance, or (c) the creation, modification or destruction of a legal relation, or (d) a return promise, bargained for and given in exchange for the promise. (2) Consideration may be given to the promisor or to some other person. It may be given by the promisee or by some other person.

⁸¹ GILMORE, Grant. *The death of contract*. 2nd ed. Edited and with a foreword by Ronald K. L. Collins. Columbus: The Ohio State University Press, 1995, p. 68.

After the inclusion of Section 90 on the First Restatement of Contracts, the drafters of the Restatement (Second) of Contracts attempted to steer a middle course. They kept Section 90 with virtually no changes to the original language, adding only a proposition about remedies.⁸² The revised Section 90 did include more illustrations of its application.⁸³

Section 90 of the Restatement (Second) of Contracts implicitly endorsed a popular view that reliance, being the basis for promissory estoppel, was “a basis for the imposition of obligation in the absence of conventional consideration”.⁸⁴ Facilitating and protecting such reliance was one of the main purposes of Contract Law.

This doctrine has been applied to a promise to make a gift of land, promises relating to gratuitous bailments and agencies, charitable subscriptions and promises not to plead the statute of limitations in tort cases.⁸⁵

According to Farnsworth, the application of promissory estoppel requires four elements,⁸⁶ and those could be inferred from *Ricketts v. Scothorn*⁸⁷ case.

In this case, the grandfather went to the store where his granddaughter worked as a bookkeeper and gave her a promissory note, embodying his promise to pay her two thousand dollars on demand. He told her that he had “fixed out something that you have not got to work anymore” and that “none of my grandchildren work, and you don’t have to”. She quit her job as a bookkeeper, but when her grandfather died, the executor of his Estate refused to honor the promise. The Court of Nebraska, in 1898, allowed the granddaughter to recover on the promise.

The first element to apply promissory estoppel is that there must have been a promise. In the cited case, the promise was very clear, since the grandfather’s note read “I promise to pay”.

⁸² AMERICAN LAW INSTITUTE. Restatement of Contracts, 1981, Section 90: § 90. Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance (1) A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires. (2) A charitable subscription or a marriage settlement is binding under Subsection (1) without proof that the promise induced action or forbearance.

⁸³ HARRIS, Annabelle. The Doctrine of Promissory Estoppel in an Arm’s Length Commercial Transaction in Tennessee: A Primer, *University of Memphis Law Review*, v. 49, n. 3, Spring 2019, p. 813-846, p. 824.

⁸⁴ KNAPP, Charles L., Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel, 49 *Hastings Law Journal*, 1998, p. 1199.

⁸⁵ PERILLO, Joseph M. *Contracts*. United States of America: West Academic Publishing, 2014, p. 237.

⁸⁶ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3rd ed. New York: Aspen Law & Business, 1999, p. 95.

⁸⁷ *Ricketts v. Scothorn*. 77 N.W. 365, 367 (Neb. 1898).

The second element is that the promisor must have had reason to expect reliance, although the promisor may not have sought it. Even if the promisee relied on the promise, there is no liability if the promisor had no reason to expect any reliance at all or had reason to expect reliance but not of the sort that occurred.⁸⁸ In the Ricketts' case, the grandfather should have expected his granddaughter to quit work in reliance to his promise. It would have been more difficult to show this expectation if he had not expressed his hope that it would enable her to stop working.

The third requirement is that the promise must have induced such reliance, and the reliance must have been of the sort to have been reasonably expected.⁸⁹ Section 90 does not say that the reliance must be "detrimental", though many cases assume that it must be. In the Ricketts' case, if the granddaughter had already made a firm decision to quit work, her action would not have been induced by the promise. However, that is not what happened: the granddaughter quit her work because of the promise of her grandfather.

The fourth and final requirement is that the circumstances must have been such that injustice can be avoided only by enforcement of the promise. In the Ricketts' case, the granddaughter would be in a terrible situation if she could not recover the money since she quit her job expecting to receive that money.⁹⁰

It is possible to conclude that the cornerstone of the doctrine of promissory estoppel is the presence of an injury as consequence of the promise.⁹¹ In this sense, this doctrine forced Contract Law to acknowledge fairness and morality by attaching potential liability to promises.⁹² Differently from consideration, promissory estoppel aims to avoid injustice, bringing to Contract Law some morality.

Promissory estoppel presently has its own autonomous sphere of influence as an evolving equitable principle for enforcing the right to rely on promises and for designing relief to afford corrective justice between the parties.⁹³ However, this doctrine "has introduced significant, continuing, and unre-

⁸⁸ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3rd ed. New York: Aspen Law & Business, 1999, p. 96.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 96.

⁹⁰ *Ibidem* p. 98.

⁹¹ PERILLO, Joseph M. *Contracts*. United States of America: West Academic Publishing, 2014, p. 228.

⁹² HARRIS, Annabelle. The Doctrine of Promissory Estoppel in an Arm's Length Commercial Transaction in Tennessee: A Primer. *University of Memphis Law Review*, v. 49, n. 3, Spring 2019, p. 813-846, p. 816.

⁹³ HOLMES, Eric Mills. The Four Phases of Promissory Estoppel. *Seattle University Law Review* 45, 1996, p. 56.

solved theoretical instability into American contract law”.⁹⁴ By eliminating the requirement of consideration, Section 90 made mere promises enforceable at the essentially unconstrained discretion of judges.⁹⁵

2. *Case law illustrating promissory estoppel as a substitute for consideration*

To illustrate how promissory estoppel is applicable by Courts, one should consider the Alden v. Presley case.⁹⁶

Alden, the plaintiff, was the mother of a former girlfriend of Elvis Presley. Elvis was quite generous to several members of the Alden family. Due to his close relationship with the plaintiff’s daughter, Presley became aware of plaintiff’s desire to obtain a divorce from her husband. Presley offered to pay all expenses incurred in the divorce proceeding, including to provide an attorney, to advance money to purchase her husband’s equity in Alden’s home and to pay off the remaining mortgage indebtedness on Alden’s home. Consequently, plaintiff filed for divorce.

However, after the filing of the lawsuit – more precisely, on August 16th, 1977 –, Presley died leaving unpaid the mortgage debt on Alden’s home. On August 25th, 1977, Drayton Smith, an attorney for the Presley’s Estate, informed the plaintiff that the Estate would not assume liability for the mortgage debt.

Plaintiff filed another lawsuit on February 1978, to enforce the promise made by Presley to pay the home mortgage. In March 1978, Smith informed the plaintiff that he could no longer represent her in the divorce lawsuit since he was serving as an attorney for Estate. Plaintiff failed to employ new counsel and the divorce lawsuit was dismissed.

Plaintiff re-filed her divorce lawsuit in April 1978, upon same grounds. The divorce and the property settlement were approved by the Court. Plaintiff did not expose to the Court in the divorce lawsuit that the Presley’s Estate had informed her that it would not pay the mortgage.

The trial Court held that Presley made a promise unsupported by consideration to Alden, that no gift was made for failure of delivery, that Alden and her husband suffered no detriment, and that Alden did not rely upon the promise since her divorce petition was filed subsequently to the lawsuit

⁹⁴ ALDEN, Eric. Rethinking Promissory Estoppel. 16 *Nevada Law Journal* 659, 2016, p. 661.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 662.

⁹⁶ Alden v. Presley. 637 S.W. 2d 862 (1982).

against the Estate and subsequently to be told that Presley's Estate would not accept legal responsibility for Presley's promise.

The Court of Appeal's concurred with the trial court finding that there was no gift for failure of delivery. However, the Court of Appeal's reversed the trial Court's decision by adopting and applying the doctrine of promissory estoppel. The Court of Appeal's held that Alden had suffered damages in the divorce lawsuit in reliance upon the promise made to her by Presley. "The Court of Appeal's reasoned that the Estate should be estopped from dishonoring that promise".⁹⁷

The Supreme Court of Tennessee found unnecessary to address the question of whether Tennessee recognizes the doctrine of promissory estoppel because plaintiff had failed to prove essential elements of promissory estoppel, such as: detrimental reliance and loss suffered as a result of detrimental reliance.

The Supreme Court stated that "the reason for the doctrine is to avoid an unjust result, and its reason defines its limits. No injustice results in refusal to enforce gratuitous promise where the loss suffered in reliance is negligible, nor where the promisee's action in reliance was unreasonable or unjustified promise."

The Supreme Court dismissed Alden's claim considering four facts: (i.) that the Estates' attorney had informed Alden that he could no longer be her lawyer in divorce lawsuit; (ii.) that Alden did not provide another lawyer and, because of that, this first divorce lawsuit was dismissed; (iii.) that the Estate's executor had informed that the Estate would not assume liability for the mortgage debt; although Alden knew this information, she filed new divorce lawsuit. Therefore, she did not act relying on Presley's promise.

According to Annable Harris, when the Supreme Court of Tennessee decided this case, it contradicted itself by not acknowledging that Tennessee recognizes promissory estoppel. While both the trial Court and the Court of Appeal's awarded the Plaintiff a judgment on the theory of promissory estoppel, the Tennessee Supreme Court found it unnecessary. It was only in 1991 that the Supreme Court of Tennessee "finally and unequivocally" recognized promissory estoppel.⁹⁸

In contrast to this case, the classic case *Feinberg v. Pfeiffer Co.*⁹⁹ illustrates promissory estoppel as a substitute for consideration.

⁹⁷ Alden v. Presley. 637 S.W. 2d 862 (1982). p. 863.

⁹⁸ HARRIS, Annabelle. The Doctrine of Promissory Estoppel in an Arm's Length Commercial Transaction in Tennessee: A Primer. *University of Memphis Law Review*, v. 49, n. 3, Spring 2019, p. 826.

⁹⁹ Feinberg v. Pfeiffer Co. 322 S.W 2ed. 163 (1969).

In this case, Pfeiffer Co. promised its bookkeeper a pension after retirement in gratitude for her long service to the company. After that, the Board of Directors passed, in 1947, a formal resolution that provided Feinberg with an increase in salary and retirement benefits in the amount of two hundred dollars per month for life, available to her whenever she wanted to retire. Feinberg continued to work for two more years and, when she retired, Pfeiffer Co. began paying the benefit promised.

Later, the President of the Company died, and his widow stopped paying the pension. Pfeiffer's contention to stop the payment was that the resolution adopted was a mere promise to make gift, and there was no contract legally enforceable.

Feinberg conceded that a promise made upon past services would not meet the requirement of consideration, but contended that there were two other elements which supplied consideration: (i.) the continuation by Plaintiff as an employee of the Defendant until the date of her retirement; (ii.) her retirement, which was made in reliance on Defendant's promise to pay her two hundred per month for life.

The Court of Appeals of Missouri decided that the contract was enforceable under the doctrine of promissory estoppel, because Plaintiff retired when she was 57 years of age: she gave up the opportunity to continue working based on the two hundred per month promised. The Court held that "As the trial court correctly decided, such action on plaintiff's part was her retirement from a lucrative position in reliance upon defendant's promise to pay her an annuity or pension."

This case illustrates that promissory estoppel can be viewed as a way of expanding enforcement beyond bargaining by identifying additional factors that manifest an intention to be legally bound just like bargaining does. When such factors exist, reliance on a non-bargained-for or gratuitous promise could be justified and therefore protected.¹⁰⁰

IV. Conclusion

As it was proposed, this paper aimed to comprehend two elements that make promises enforceable under American Contract Law: consideration and promissory estoppel.

Differently from Civil Law until mid-nineteenth century, Common Lawyers were not preoccupied in constructing a doctrine about Contract

¹⁰⁰ BARNETT, Randy E. *The Oxford Introduction to U.S. Law: Contracts*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 175.

Law, nor in answering when a promise is binding. However, Courts had been deciding contractual cases ever since there had been courts.¹⁰¹ The absence of a theory at that time explains the rigidity and incompleteness of Contract Law in the Common Law tradition.

After long years of Courts deciding that only promises supported by good consideration could be enforceable, Langdell tried to explain that consideration was based on the notion of benefit-detriment. However, this understanding was not sufficient to explain why promises were enforceable. As a result, Holmes' theory, that defined consideration in terms of bargain, prevailed.

Therefore, consideration, according to the Modern Doctrine, "is defined as something either given or promised in exchange for a promise."¹⁰² Although the doctrine intended to grant predictability, its application was very confusing in the courts, particularly in family relationships or reliance-based promises. In other words, the bargain theory of consideration limited the cases that could be legally enforced even if the parties wanted to be legally bound in some manner other than by bargaining. So, promissory estoppel was coined to provide courts with a flexible means of protecting a right to rely on such commitments.¹⁰³

Promissory estoppel was a moral response to the formalistic doctrine of consideration, in which the presence of an injury, not a bargain, is central to enforce promises. However, understanding what could characterize a reasonable expectation to induce some action or forbearance, so that a promise could be enforced, will depend on a case-by-case analysis. Although the purpose of promissory estoppel sounds contradictory to the purpose of consideration, it was a necessary development to modernize the formalistic view of Contract Law and to avoid injustices.

The analysis of the American Contract Law through the lens of a Civil Lawyer – that is, someone outside the borders of that legal system – is very important in a globalized world not only to understand it, but also to better advise businesspersons that want to invest in other countries. And the comprehension of American Contract Law goes through a historical understanding of the institutes of consideration and promissory estoppel, which was aimed in this paper.

¹⁰¹ GILMORE, Grant. *The death of contract*. 2nd ed. Edited and with a foreword by Ronald K. L. Collins. Columbus: The Ohio State University Press, 1995, p. 6.

¹⁰² FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. New York: Oxford University Press, 2015, p. 28.

¹⁰³ BARNETT, Randy E. *The Oxford Introduction to U.S. Law: Contracts*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 186.

Glossary

Assumpsit: “A promise by which someone assumes or undertakes an obligation to another person. The promise may be oral or in writing, but it is not under seal. It is express when the person making the promise puts it into distinct and specific language, but it may also be implied because the law sometimes imposes obligations based on the conduct of the parties or the circumstances of their dealings. Assumpsit was one of the common-law Forms of Action. It determined the right to sue and the relief available for someone who claimed that a contract had been breached.”¹⁰⁴

Bargain: is “a manifestation of mutual assent to the exchange and a consideration.”¹⁰⁵

Consideration: “(1) To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for. (2) A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise.”¹⁰⁶

Contract: “A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.”¹⁰⁷

Estate: n. 1) all that one owns in real estate and other assets. 2) commonly, all the possessions of one who has died and are subject to probate (administration supervised by the court) and distribution to heirs and beneficiaries, all the possessions which a guardian manages for a ward (young person requiring protection and administration of affairs), or assets a conservator manages for a conservatee (a person whose physical or mental lack of competence requires administration of his/her affairs).¹⁰⁸

Promise: “a promise is a manifestation of intention to act or refrain from acting in a specified way, so made as to justify a promisee in understanding that a commitment has been made”¹⁰⁹

Promisee: “The person to whom the manifestation is addressed”¹¹⁰

¹⁰⁴ WEST’S ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN LAW, edition 2. (2008). Retrieved December 22, 2019 from <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/assumpsit>

¹⁰⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE. Restatement of Contracts. 1981, § 17.

¹⁰⁶ *Ibidem*, § 71.

¹⁰⁷ *Ibidem*, §1.

¹⁰⁸ COLLINS DICTIONARY OF LAW. 2006. W.J. Stewart 22 Dec. 2019 <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/estate>.

¹⁰⁹ AMERICAN LAW INSTITUTE. Restatement of Contracts. 1981, § 2, (1).

¹¹⁰ *Ibidem*, § 2, (3).

Promisor: “The person manifesting the intention”.¹¹¹

Property Settlement: “An agreement entered into by a Husband and Wife in connection with a Divorce that provides for the division of their assets between them.”¹¹²

Writ: “An order issued by a court requiring that something be done or giving authority to do a specified act.”¹¹³

References

ALDEN, Eric. Rethinking Promissory Estoppel. 16 *Nevada Law Journal* 659, 2016.

AMERICAN LAW INSTITUTE. Restatement of Contracts, 1981.

AMERICAN LAW INSTITUTE. Restatement of Contracts, 1932.

ARMENTROUT, Hannah De’Von. Williams v. Ormsby. *Ohio Northern University Law Review* 39 *Ohio N.U. L. Rev.*, 2012, p. 972.

BAIRD, Douglas G. *Reconstructing contracts*. United States of America: Harvard University Press, 2013.

BARNETT, Randy E. *The Oxford Introduction to U.S. Law: Contracts*. New York: Oxford University Press, 2016.

COHEN, Morris R. The basis of contract. *Harvard Law Review*, 553, 1933.

COLLINS DICTIONARY OF LAW. 2006. W.J. Stewart 22 Dec. 2019. Available at: <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/estate>.

CORBIN, Arthur. Offer and acceptance, and some of the resulting legal relations, *Yale Law Journal*, v. 26, 1917.

EISENBERG, Melvin Aron. Principles of consideration. *Cornell Law Review*, v. 67, n. 4, 1981-82.

FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3rd ed. New York: Aspen Law & Business, 1999.

FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. New York: Oxford University Press, 2015.

FULLER, Lon L. Consideration and Form; 41 *Columbia Law Review*, 799, 1941.

¹¹¹ AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of Contracts*. 1981, § 2, (2).

¹¹² WEST’S ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN LAW, edition 2. S.v. “property settlement.” Retrieved December 22 2019 from <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Property+Settlement>.

¹¹³ COLLINS DICTIONARY OF LAW. (2006). Retrieved December 22 2019 from <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/writ>.

GILMORE, Grant. *The death of contract*. 2nd ed. Edited and with a foreword by Ronald K. L. Collins. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

GORDLEY, James. *The Jurists: a critical history*. United States of America: Oxford University Press, 2013.

GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. New York: Oxford University Press, 1991.

HARRIS, Annabelle. The Doctrine of Promissory Estoppel in an Arm's Length Commercial Transaction in Tennessee: A Primer. *University of Memphis Law Review*, v. 49, n. 3, Spring 2019.

HOLMES, Eric Mills. The Four Phases of Promissory Estoppel. *Seattle University Law Review* 45, 1996.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

KNAPP, Charles L., Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel, 49 *Hastings Law Journal*, 1998.

LORENZEN, Ernest. G. Causa and consideration in the law of contracts. *Yale Law Journal*, Issue 7, Volume 28, 1919.

MEHREN, Arthur T. Von. Civil-Law analogues to consideration: an exercise in comparative analysis. *Harvard Law Review*, v. 72, number 6, 1959.

PERILLO, Joseph. *Contracts*. United States of America: West Academic Publishing, 2014.

PERILLO, Joseph. Robert J. Pothier's influence on the common law of contract. *Fordham University School of Law*, Research Paper 63, October 2004.

SILVA, Luis Renato Ferreira da Silva. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A doutrina da consideration e suas relações com a teoria da causa. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado. Coletânea em homenagem à Professora Vera Jacob de Fradera*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2014.

SIMPSON, A.W.B. *A history of the Common Law of contract: the rise of action of assumpsit*. New York: Oxford University Press, 1987.

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Lausanne: Metalibri digital library, 2007.

TEEVEN, Kevin. A History of promissory estoppel Growth in the Face of Doctrinal Resistance. *Tennessee Law Review* 72, no. 4, 2005.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 1998.

Case law

Alden v. Presley. 637 S.W. 2d 862 (1982)

Feinberg v. Pfeiffer Co. 322 S.W 2ed. 163 (1969)

Hamer v. Sidway. 27 N.E. 256 (N.Y. 1891)

Mill v. Wyman. 20 Mass. 207 (1825)

Ricketts v. Scothorn. 77 N.W. 365, 367 (Neb. 1898)

Webb v. McGowin. 27 Ala. App. 82, 168 So 196 (1935)

Williams v. Ormsby: 131 Ohio St.3d 427, 2012-Ohio-690, 966 N.E.2d 255 (2012)

Marriage in the United States: the rights of same-sex couples and the questions remaining after Obergefell v. Hodges

Deborah Soares Dallemole*

Summary: I. Introduction. II. The perception of marriage in the united states society. 1. Marriage as a social status and a symbol of commitment. 2. Cohabitation without marriage and the rights of the partners. III. Same-sex couples and the right to marry. 1. From Lawrence to Obergefell: the path of same-sex relationships in the supreme court through equal marriage. 2. The thin line between discrimination and free exercise of religion. IV. Conclusion.

I. Introduction

The goal of this paper is to comprehend how marriage is perceived in the United States, to understand the importance of the decision of the Supreme Court in 2015, that recognized the right to same-sex marriage, on the basis of the equal protection, and its possible conflicts with other rights. This precedent, despite how important to the LGBTQ+ community, isn't perfect, since it didn't draw the line between discrimination and freedom to exercise religions that don't accept marriage between two persons of the same gender.

In the first part, we will study the perception of marriage by the society in the US. This is important, since this institute is understood very differently than in other parts of the world. In Brazil, for instance, there is a very different perception regarding marriage, which is no longer considered base of the society – like it happened before the 1988 Constitution –, but, instead, the family, in which there is a special worry in protecting the rights of the individual members instead of the institution itself. That, alongside with the complete equalization of rights of every type of family constitution, implicates

* PhD student and Master's degree from the Postgraduate Law Program of Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil. Contact: deborahdallemole@gmail.com.

in an equivalation between marriage and *união estável*,¹ in a way that the effects of them are basically the same, changing the way they were formed.

Like it will be shown, that does not happen in the United States, where there is a strong perception of the importance of a formal marriage, with restrict rights to couples that only cohabit, and with more objective elements to verify this form of union. That perception of marriage was fundamental to the decision in Obergefell and the recognition of same-sex marriage, where the social significance of the institution of marriage was one of the principles that premised the ruling. Also, in this context of extreme social importance of formal marriage, will be analyzed the acceptance of informal ways of marriage, such as the called common law marriage, in which there is no formalization of the union, and how the common property of the couple is divided in case of dissolution, which will be necessary to demonstrate how important is the marriage, including for security in property rights.

In the second part, will be studied the evolution of the rights of the LGBTQ+ population in the Supreme Court. For this, is brought the Lawrence v. Texas case, regarding the criminalization of homosexual sex, decided in 2003. From this case, recognizing such a simple right – the legality of sex between two consenting adults, however the gender of both –, we go into the 2015 decision in the Obergefell v. Hodges case, in which was recognize the right to marry, even if the two partners have the same gender identity. Unfortunately, this decision is not flawless, especially when considered in opposition with the free to exercise religion, as will be demonstrated with the Masterpiece Cakeshop case, where is tested the very thin and blurry line between discrimination and religious liberty.

II. The perception of marriage in the United States society

1. *Marriage as a social status and a symbol of commitment*

The marriage is perceived as a commitment to the relationship, a volitive act of will by the parties involved to formalize their union upon the State and the society as a whole. The institute is understood as a personal and social

¹ Is a form of cohabitation without marriage and that doesn't require an express or written agreement of the partners to be constituted. *União estável* is a fact of life, not an act of the partners, and, in consequence, if presents the elements required by the law (public and lasting union between two persons, with the intent to constitute family), can be recognized if brought to the judiciary, regardless the will of the persons involved.

symbol of the life the couple intend to share a life together, when the partners expressly decide to commit themselves to each other and to the relationship. The formalities involved in getting married, and the need to express de decision, is comprehended as a way to bring more responsibility to invest in the marriage and to seek a mutual satisfaction.

It is impossible to affirm that marriage is a universal institute, since it depends of the cultural patterns involved, each one having their own set of norms about the necessity for public formalities and the significance of the commitment in question.² To this extent, marriage has a definition that is based in empirical experiences to what is needed to a union to create a new family be socially approved, with the standards and formalities being different from culture to culture. Because of this, to understand the importance of marriage, we have to do this from the perspective of the specific place, in this case, the United States, to comprehend what is the weight that the north-american society puts in the formalization of relationships.

The need to an express agreement to enter marriage, alongside with the presentation to the relatives and community as a couple that promised, with the State's consent, to form a new family, is understood as a more solid form to assure that the couple will try their best to make the union work, in opposition to non-marital cohabitation. The simple cohabitation does not bring this significance regarding long-term commitment, since it is precepted as the partners "slide" into the relationship, without making a conscious decision of sharing a life and, therefore, would have less controls over the plans for the relationship and lower motivation to remain invested during periods of dissatisfaction.³ With heterosexual couples, researches have shown that the non-marital cohabitation is perceived as having a lower or an ambiguous level of commitment, with less relational adjustment and interpersonal adjustment, in comparison to married partners, given the lack of sense of having chosen to be sharing a life with each other.⁴

This vision of marriage is something that can be found in the discourses both pro and against same-sex union. The components of the perception of marriage as a status are, among others, that it is the only legitimate form for adult intimacy, the fact that it is nearly unbreakable, and "built into the

² KANDOIAN, Ellen. Cohabitation, Common Law Marriage, and the Possibility of a Shared Moral Life. *Georgetown Law Journal*, v. 75, n. 6, p. 1829-1874, August 1987. p. 1837-1838.

³ SPRECHER, Susan. HATFIELD, Elaine. The importance of love as a basis of marriage: revisiting Kephart (1967). *Journal of Family Issues*, 2017, v. 38, p. 312-335, 2015. p. 317.

⁴ HAAS, Stephen. WHITTON, Sarah. The significance of living together and importance of marriage in same-sex couples. *Journal of Homosexuality*, v. 62, p. 1241-1263, 2015. p. 5.

social fabric so firmly that it will always order society even for those who do not participate directly in it by becoming married”.⁵ Marriage is not simply a legal institution, is a “status-conferring institution that is controlled by the state”,⁶ in a way that the changes in the regulation of marriage are always a status and power competition between groups with different visions of this institute. So, marriage is different from other institutes, since it is not limited to the mere permission or prohibition of certain conducts, but confers not only tangible benefits – in taxes, for instance –, but also giving a superior status to its participants, as a favored institution in the United States society and legislation, that is designed to include some and exclude others.⁷ With this, is possible to conclude that marriage is seen as the right way to enter a long-term committed relation, the one mode that will be recognized by the society as a serious bond between the partners, as well as the foundation of societal order itself.

The right to marriage, as a milestone legal institute in the society, is not a perception founded only on social grounds, but also on international legal documents. In one of the few human rights treaties signed by the United States, the International Covenant on Civil and Political Rights,⁸ that was ratified in 1992, defines marriage as a fundamental right. In its Article 23 is determined that “the family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State”, and that “the right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized”. Marriage, again, is understood here as the preferable way to form a family, deserving protection and recognition by the State.

The conception of marriage in this sense – of the preferable way to constitute a stable long-lasting relation, as the basis of the north-american society –, can be seen in judicial precedents. A good example of this is the opinion of Chief of Justice Marshall from the Supreme Court of Massachusetts, in the *Goodridge v. Department of Public Health* case, regarding same-sex marriage, where the state court ruled that the refusal to extend to same-sex couples the same rights enjoyed by opposite-sex married couples

⁵ HALLEY, Janet. Behind the law of marriage: from status/contract to the marriage system. *Unbound*, v. 6, n. 1, 2010. p. 11.

⁶ KAPLAN, Joshua. Unmasking the Federal Marriage Amendment: The Status of Sexuality. *Georgetown Journal of Gender and the Law*, v. 6, n. 1, p. 105-142, 2005. p. 133.

⁷ *Ibidem*, p. 135-136.

⁸ UNITED NATIONS. International Covenant on Civil and Political Rights, 1966. Available at <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>. Access in January 13th, 2020.

violated the state constitution.⁹ Marriage, in this decision, was described as a vital social institution, an exclusive commitment of two individuals to each other, that brings stability to the American society. The Justice explains that the civil marriage is what anchors an ordered society by encouraging stable relationships, a deeply personal and highly public celebration of companionship, fidelity and family:

Marriage is a vital social institution. The exclusive commitment of two individuals to each other nurtures love and mutual support; it brings stability to our society. For those who choose to marry, and for their children, marriage provides an abundance of legal, financial, and social benefits. In return it imposes weighty legal, financial, and social obligations. (...) Civil marriage anchors an ordered society by encouraging stable relationships over transient ones. It is central to the way the Commonwealth identifies individuals, provides for the orderly distribution of property, ensures that children and adults are cared for and supported whenever possible from private rather than public funds, and tracks important epidemiological and demographic data. Marriage also bestows enormous private and social advantages on those who choose to marry. Civil marriage is at once a deeply personal commitment to another human being and a highly public celebration of the ideals of mutuality, companionship, intimacy, fidelity, and family.¹⁰

From this opinion, rests clear the strong social weight that lies upon the formal marriage, with reinforcement by the legal system, as a way to encourage serious, life-lasting relationships. Despite the constant changes in the society each generation, and marriage not being anymore just a way to concentrate wealth, to become a type of union that, in the large social conception, requires romantic love as a necessary prerequisite and it is the formalization of such affection,¹¹ and the facilitation of divorce throughout the years,¹² there is still its procreational aspect – one of the arguments against same-sex marriages.

Justice Cordy's dissenting opinion on the *Goodridge v. Department of Public Health* case cited above was that, given the fact of sexual relations

⁹ KNAUER, Nancy J. Same-Sex Marriage and Federalism. *Temple Political & Civil Rights Law Review*, v. 17, n. 2, p. 421-442, Spring 2008. p. 427.

¹⁰ *Hillary Goodridge & others v. Department of Public Health*. 440 Massachusetts 309 (2003).

¹¹ SIMPSON, Jeffrey A., CAMPBELL, Bruce, & BERSCHIED, Ellen. (1986). The Association between Romantic Love and Marriage: Kephart (1967) Twice Revisited. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 12(3), 363–372.

¹² KAPLAN, Joshua. Unmasking the Federal Marriage Amendment: The Status of Sexuality. *Georgetown Journal of Gender and the Law*, v. 6, n. 1, p. 105-142, 2005. p. 135.

between different gender couples commonly results in pregnancy, there is a social need for heterosexual marriage, since “a society without the institution of marriage, in which heterosexual intercourse, procreation, and child care are largely disconnected, would be chaotic”.¹³ From this argument, it is possible to affirm that, existing a higher chance of childbirth, it should happen in a legally regulated space, the marriage, as a central stabilizing institution for heterosexual relationships and society in general.¹⁴ More than a social status, marriage is also an instrument of social policy to encourage serious, committed, monogamic relationships, with the objective to regulate reproduction and to guarantee a stable environment to the child, that is, presumably, with both parents.

2. *Cohabitation without marriage and the rights of the partners*

We have seen in the topic above the social perception of marriage, as a form of union that represents a bigger and more serious commitment in the relationship, understood as the basis of the society itself, giving a higher social status to those who are married, in comparison to those who just cohabit. Now, in this topic, will be analyzed the characteristics of the common law marriage, one of the many ways to live together without formally marrying, to study how is the simple cohabitation perceived by the courts. This is important because, more than the social status of the partners, the lack of formalization of the union can impact in other important areas of life.

Common law marriage takes place when a couple cohabits without having a formalized marriage, having four elements: capacity to enter a marriage, agreement in the present tense to be married (not being enough the intent to marry eventually), cohabitation and holding out as spouses couple to the society, being recognized as such by their community.¹⁵ Given this necessity of public recognition of the couple, there is no such a thing as a *secret* common law marriage, the partners must hold themselves as husband and wife to their families, friends, neighbors. With that said, is possible to conclude that the common law marriage has all the elements of a formal marriage – capacity, agreement, cohabitation and being perceived as married by others –, except the formalization itself.

¹³ Hillary Goodridge & others v. Department of Public Health. 440 Massachusetts 309 (2003).

¹⁴ HALLEY, Janet. Behind the law of marriage: from status/contract to the marriage system. *Unbound*, v. 6, n. 1, 2010. p. 6-7.

¹⁵ CRAWLEY, John B. Is the Honeymoon over for Common-Law Marriage: A Consideration of the Continued Viability of the Common-Law Marriage Doctrine. *Cumberland Law Review*, v. 29, n. 2, p. 399-426, 1999. p. 405.

Until the beginning of the 20th century, the common law marriage was more accepted in the United States, in a sense of liberty, such as the right to choose who to spend the life with, without the permission or interference of the State.¹⁶ As society evolved, this institute lost its force, with the marriage being established as basis and standard of the long-lasting relationships, with an increase in the social perception of the formalization of a union between a couple, as well a continuing concern with fraudulent claims, a fear that the common law marriage would weaken the institution of marriage, and eugenics.¹⁷ So, common law marriage started as reflex of freedom: two persons, agreeing to marry, cohabit, and present themselves to the society as married, would simply start living together as husband and wife after commitment, with minimal formality. However, with the increased need for social control, grew the State interest in regulation of the relationships, and the affirmation of marriage as a basis of the society, happened a progressive banning of common law marriage in most states.¹⁸

Currently, this form of cohabitation without marriage is recognized only in the states of Colorado, Iowa, Kansas, Montana, Rhode Island, South Carolina, Utah, Texas (where it is called *informal marriage*), and in the District of Columbia. In New Hampshire, the common law marriage is recognized only for inheritance purposes, not for divorce, and in other states it is possible to claim the institute if the union was created before the abolition of this informal marriage by the local legislation. Because of this lack of legal recognition in large part of the US, and the different cultural aspects in each state, there is a variety of ways the courts have been dealing with the claims of common law marriage. In some, they are treated as illegal, in others, the claim is only recognizable if based on express contracts, whereas there are the ones that also recognize implied contracts and accept claims for equitable remedies.¹⁹ In consequence, is an institute with low predictability of its reception by the

¹⁶ BOWMAN, Cynthia Grant. A Feminist Proposal to Bring Back Common Law Marriage. *Cornell Law Faculty Publications*, paper 138, 1996. p. 11.

¹⁷ *Ibidem*, p. 32-33.

¹⁸ From 1875 to 1917 happened the first wave of abolition of common law marriage in states where it was previously recognized: Alaska (1917), Arizona (1913), Arkansas (1911), California (1895), Illinois (1905), and North Dakota (1890). The second wave took place between 1921 and 1959: Missouri (1921), Nebraska (1923), New York (1933), New Jersey (1939), Minnesota (1941), Nevada (1943), Mississippi (1956), Michigan (1957), Indiana (1958), South Dakota (1959). After this period, five states also abolished the common law marriage: Florida (1968), Ohio (1991), Oklahoma (1994), Georgia (1997), and Pennsylvania (2005).

¹⁹ KANDOIAN, Ellen. Cohabitation, Common Law Marriage, and the Possibility of a Shared Moral Life. *Georgetown Law Journal*, v. 75, n. 6, p. 1829-1874, August 1987. p. 1830-1831.

courts in the states where the common law is banned, with uncertainty about how – and if – the property acquired will be divided in case of separation or death.

One of the ways used to solve the question of the patrimony, in states that do not allow common law marriage, are the equitable remedies, such as *palimony*, term created in the *Marvin v. Marvin* case, meaning the division of financial assets and real property on the termination of a relationship of two partners who are not legally married.²⁰ In *Marvin v. Marvin*, in 1976, the Supreme Court of California decided a case in which the former wife sustained that the parties lived together for over fifteen years, and entered an oral agreement that while they lived together they would combine their efforts and earnings and would share equally any and all property accumulated as a result of their efforts whether individual or combined. The plaintiff agreed to give up her career as an entertainer and singer and order to devote her full time to defendant, and in return he agreed to provide for all of plaintiff's financial support and needs for the rest of her life.²¹ Since California does not recognize common law marriage, the plaintiff argued a cause of action for breach of an express contract. The California Supreme Court affirmed that

“[A] contract between nonmarital partners is unenforceable only to the extent that it explicitly rests upon the immoral and illicit consideration of meretricious sexual services (...) they may agree to pool their earnings and to hold all property acquired during the relationship in accord with the law governing community property; conversely they may agree that each partner's earnings and the property acquired from those earnings remains the separate property of the earning partner.”²²

So, even though California banned common law marriage in the 19th century, non-marital relationship contracts are still recognized, even though the court emphasized that it does not imply the adoption of the doctrine of common law marriage, or that the couple were considered as being married.²³ These contracts may be express or implied, oral or written – but provable in

²⁰ BOWMAN, Cynthia Grant. A Feminist Proposal to Bring Back Common Law Marriage. *Cornell Law Faculty Publications*, paper 138, 1996. p. 65.

²¹ CRAWLEY, John B. Is the Honeymoon over for Common-Law Marriage: A Consideration of the Continued Viability of the Common-Law Marriage Doctrine. *Cumberland Law Review*, v. 29, n. 2, p. 399-426, 1999. p. 411.

²² *Marvin v. Marvin*. 557 P.2d 106 California (1976).

²³ KANDOIAN, Ellen. Cohabitation, Common Law Marriage, and the Possibility of a Shared Moral Life. *Georgetown Law Journal*, v. 75, n. 6, p. 1829-1874, August 1987. p. 1843.

any case –, as long as it isn't a contract for sexual services.²⁴ In the Marvin case, the Court ruled that since the Michelle (plaintiff in Marvin case) didn't prove they had a contract, she wasn't entitled to any money.

However, when the Supreme Court of Illinois was faced with a very similar case, the *Hewitt v. Hewitt*, in 1979, the claim was rejected on a completely different basis – not even entering the question of whether there was a contract between the partners –, reacting extremely against the Marvin reasoning.²⁵ The ruling opinion stated that:

We cannot confidently say that judicial recognition of property rights between unmarried cohabitants will not make that alternative to marriage more attractive by allowing the parties to engage in such relationships with greater security. (...) In our judgment the fault in the appellate court holding in this case is that its practical effect is the reinstatement of common law marriage, as we earlier indicated, for there is no doubt that the alleged facts would, if proved, establish such a marriage under our pre-1905 law. (...) We accordingly hold that plaintiff's claims are unenforceable for the reason that they contravene the public policy, implicit in the statutory scheme of the Illinois Marriage and Dissolution of Marriage Act, disfavoring the grant of mutually enforceable property rights to knowingly unmarried cohabitants.²⁶

In this case, the plaintiff, Victoria Hewitt, became pregnant to her boyfriend, Robert Hewitt, and the couple told their parents that they were married and presented themselves as husband and wife to the community. The couple had three children, and Victoria alleged that she helped pay for Robert's education and assisted him in his pedodontia practice, where he earned over US\$ 80.000,00 per year, affirming that they had an express or implied contract to share the property accumulated, and that Robert had

²⁴ "Several states have either expressly adopted the reasoning of Marvin, or have recognized implied contracts to divide property between unmarried cohabitants. Maryland, Massachusetts, New Hampshire, New Mexico and New York have limited recognition to only express agreements not founded on the meretricious relationship of the parties. Massachusetts, Nebraska, and Wyoming, while not commenting on the recognition of implied agreements, have recognized express agreements. Florida, Minnesota and North Dakota require unmarried cohabitants to enter into a written agreement in order to be able to share property. Other jurisdictions have rejected the approach in Marvin." In: CRAWLEY, John B. Is the Honeymoon over for Common-Law Marriage: A Consideration of the Continued Viability of the Common-Law Marriage Doctrine. *Cumberland Law Review*, v. 29, n. 2, p. 399-426, 1999. p. 412-413.

²⁵ CRAWLEY, John B. Is the Honeymoon over for Common-Law Marriage: A Consideration of the Continued Viability of the Common-Law Marriage Doctrine. *Cumberland Law Review*, v. 29, n. 2, p. 399-426, 1999. p. 413.

²⁶ *Hewitt v. Hewitt*. 394 N.E.2d 1204 Illinois (1979)

been unjustly enriched.²⁷ The Court, as we can see in the transcript above, was firmly against any form of recognition of contract between unmarried couples to share property – express or implied –, for contravening the public policy for such cases: marriage and, if is the case, divorce.

From these precedents, we can understand that marriage is not only better perceived by the society, but also a more predictable and stable condition for the couples. The mere cohabitation, without a clear and provable contract between the partners, even in the states that adopted the Marvin doctrine, does not guarantee a protection to the patrimonial rights in the dissolution of the union. Being the marriage a public policy of the State to regulate relations and patrimonial rights between those who have chosen to share a life as a married couple, there is a higher risk that, not being formalized the marriage, one of them walks out without nothing of the common property.

III. Same-sex couples and the right to marry

1. *From Lawrence to Obergefell: the path of same-sex relationships in the supreme court through equal marriage*

In this topic, will be studied the recognition of LGBTQ+ rights by the Supreme Court of the United States that led to equal marriage in 2015. For this, it is necessary to analyze the decision of the Court in the Lawrence v. Texas case, in 2003, that opened the way for que judicial recognition of same-sex marriages, in 2015, by the Obergefell v. Hodges precedent.

As have been approached above, marriage is connected to a social structure sustained by a system of social meanings, in which one group receives relatively positive associations, and the group that is not included receives corresponding negative associations.²⁸ During times of social shift is when those hierarchies are called into question, starting a status competition, being the law system where happens the peace treaties between the forces involved in such dispute.²⁹ So, being the marriage an area full of morality dispute, the possibility of same-sex formal marriages could not have emerged just in the Obergefell decision, being necessary to review the previous cases that led to this.

²⁷ Hewitt v. Hewitt. 394 N.E.2d 1204 Illinois (1979). p. 413-414.

²⁸ KAPLAN, Joshua. Unmasking the Federal Marriage Amendment: The Status of Sexuality. *Georgetown Journal of Gender and the Law*, v. 6, n. 1, p. 105-142, 2005. p. 135.

²⁹ BRAY, Richard P. Review of "*Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*", by Georges Ripert. *The American Journal of Comparative Law*, v. 2, n. 2, p. 262-265, 1953. p. 262.

Lawrence v. Texas case was brought to the Supreme Court in 2003, discussing the constitutionality of a state law that considered sodomy the sexual intercourse between two people of the same gender, criminalizing homosexual sex. This is the case where the Supreme Court first recognized that such laws were a violation to the equal protection clause, since branded a class of persons as criminals, based on a moral disapproval, and also the first time that were adopted in the reasoning international human rights and the comparative right, specially about the respect to pluralism in democratic societies.³⁰

To demonstrate the importance of moral in this precedent, is advisable to bring the dissenting opinion of Justice Scalia in the Lawrence case, that reasoned that there are a number of laws based on morality – like the ones against bigamy, adultery, adult incest, prostitution –, that could be called into question by the majority decision in this case. In Scalia’s opinion, he affirms that it is impossible to distinguish homosexuality from other traditional moral offenses, precisely the reason why Bowers – previous case of laws that considered homosexual sex sodomy, in which the Court did not find any violation to equal protection –, was rejected in a rational basis, since the law is constantly, if not always, based on notions of morality. He sustained that

Texas Penal Code Ann. § 21.06(a) (2003) undoubtedly imposes constraints on liberty. So do laws prohibiting prostitution, recreational use of heroin, and, for that matter, working more than 60 hours per week in a bakery. But there is no right to “liberty” under the Due Process Clause, though today’s opinion repeatedly makes that claim. (...) The Fourteenth Amendment expressly allows States to deprive their citizens of “liberty,” so long as “due process of law” is provided.³¹

And, going on his opinion, Justice Scalia concludes that this decision has a reflex on the same-sex marriage, since it rejects a distinction between heterosexual and homosexual unions, being no legitimate state interest the moral disapprobation of homosexuality. Scalia argues finally that “this case ‘does not involve’ the issue of homosexual marriage only if one entertains the belief that principle and logic have nothing to do with the decisions of this Court”,³² showing his prediction that the Lawrence precedent would open the way to recognition of same-sex marriage country wide.

³⁰ RIOS, Roger Raup. Democracia, direitos humanos e direito natural: crítica à tese de John Finnis sobre o casamento homossexual. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 11-36, 2018. p. 25.

³¹ Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

³² Ibidem.

The vast majority of states prohibited the legal recognition of same-sex relationships. Forty-four states prohibited same-sex marriage by statute or by constitutional amendment (some even by both), and, of these, seventeen states had aggressive provisions that not only prohibited same-sex marriage, but also all other forms of relationship recognition.³³ This widespread anti-marriage equality and anti-recognition of same-sex marriages sentiment, shows that this discrimination problem would not be solved state-level, demanding that the Supreme Court of the United States took a position.

The practical effect of the Lawrence precedent on the law was minimal, but with immense symbolic repercussions, since the prohibition of homosexual conduct no longer could be characterized as a merely moral issue, but, instead, a status issue – the subjugation of a class of persons.³⁴ In 2015, the United States Supreme Court decided the Obergefell v. Hodges case, where was declared that “an individual’s dignity, liberty, social status, and even personhood is closely bound to the receipt of a requested state license recognizing an emotional and sexual bond with another person as marriage”.³⁵ From this we can understand that Scalia’s concern was not absurd – if it is not possible to base laws against homosexual sex because of moral issues, there was almost nothing that could, logically, justify denying the recognition of the right to same-sex marriage.

In Obergefell, was evoked the Lawrence reasoning, and extended the right to intimate association to the right to marry, since marriage, as the Court said, “remains a building block of our national community”, and when gay couples are excluded from marriage they “are denied the constellation of benefits that the States have lined to marriage”.³⁶ The majority in Obergefell also echoed Lawrence in its discussion of tradition,³⁷ reasoning that:

The nature of injustice is that we may not see it in our own times. The generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its

³³ KNAUER, Nancy J. Same-Sex Marriage and Federalism. *Temple Political & Civil Rights Law Review*, v. 17, n. 2, p. 421-442, Spring 2008. p. 422-423.

³⁴ KAPLAN, Joshua. Unmasking the Federal Marriage Amendment: The Status of Sexuality. *Georgetown Journal of Gender and the Law*, v. 6, n. 1, p. 105-142, 2005. p. 125.

³⁵ ALVARE, Helen M. Marriage and Family as the New Property: Obergefell, Marriage, and the Hand of the State. *Regent University Law Review*, v. 28, n. 1, p. 49-70, 2015-2016. p. 50.

³⁶ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015).

³⁷ YOSHINO, Kenji. A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges. *Harvard Law Review*, v. 129, n. 1, p. 147-180, November 2015. p. 163.

dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning.³⁸

By this, is demonstrated that the institute in question is, in fact, status-conferring, and, by not recognizing same-sex marriages, a whole class of citizens was denied the right to acquire the social position of being married. Despite the simple cohabitation, for same-sex couples, having a stronger meaning of commitment than for cross-sex couples, because of the prior lack of recognition of gay and lesbian marriages, there is an importance to equal marriage – the social association of significant relationships with marriage, legal benefits, reduced legal worries, greater commitment and more acceptance by family and community.³⁹ The Obergefell precedent, recognizing such social importance to marriage, alongside with the legal benefits and certainties of this formalization of the union, held that the same-sex marriage bans not only violated the Due Process Clause, but also the Equal Protection Clause, with a strong emphasis on liberty and equality – and the intertwined relation between both.⁴⁰

So, not only there is a right to a personal choice regarding marriage, inherent to the concept of individual autonomy, there is also a fundamental right to marriage, because it is a symbol of commitment and has a higher social importance. The Lawrence precedent changed the way the Supreme Court has dealt before regarding laws discriminating against LGBTQ+ persons, paving the way to the posterior recognition of same-sex marriage in Obergefell. Marriage, as an important legal institute, with great social status, is a fundamental right that every American citizen has, and, more than that, everyone has a right to choose who to marry, no longer being logically possible for the Supreme Court to deny such right to same-sex couples.

2. *The thin line between discrimination and free exercise of religion*

The decision in Obergefell achieved a canonical status by holding that the Fourteenth Amendment required every state to perform and to recognize

³⁸ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015).

³⁹ HAAS, Stephen. WHITTON, Sarah. The significance of living together and importance of marriage in same-sex couples. *Journal of Homosexuality*, v. 62, p. 1241-1263, 2015. p. 1253.

⁴⁰ YOSHINO, Kenji. A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges. *Harvard Law Review*, v. 129, n. 1, p. 147-180, November 2015. p. 148.

same-sex marriages,⁴¹ ending the opinion reasoning about the plaintiffs that “their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization’s oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right”.⁴² However, in spite the great importance of this precedent, it has its flaws, specially when it comes to the conflicts between same-sex marriage and freedom of religion that were not concretely addressed by the time.

Chief Justice Roberts dissented the majority opinion on Obergefell, anticipating such problems and the difficulties to draw the line where exercise of religious beliefs ends and discrimination begins:

Hard questions arise when people of faith exercise religion in ways that may be seen to conflict with the new right to same-sex marriage – when, for example, a religious college provides married student housing only to opposite-sex married couples, or a religious adoption agency declines to place children with same sex married couples.⁴³

That was in fact the case, when the Masterpiece Cakeshop owner denied to make a cake for a gay wedding, based on his Christian religious beliefs. The couple filed a complaint to the Colorado Civil Rights Commission under the Colorado Anti-Discrimination Act, which prohibits business open to the public from discriminating against their customers on the basis of race, religion, gender, or sexual orientation.⁴⁴ Jack Phillips, the owner of Masterpiece Cakeshop, sought an exemption, based on free exercise of religion and free speech, from the laws prohibiting business to discriminate based on sexual orientation.⁴⁵

This resulted in a lawsuit, that was initially decided in favor of the Civil Rights Commission, to order the Cakeshop to provide cake for same-sex marriages and to change its company policies to provide comprehensive staff training, to avoid discrimination. But, when the case went to the Supreme Court in 2018, was ordered a reversal of this decision, with a majority following the opinion of Justice Anthony Kennedy, that considered that the opinion

⁴¹ YOSHINO, Kenji. *A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges*. Harvard Law Review, v. 129, n. 1, p. 147-180, November 2015. p. 147.

⁴² Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015).

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ MURRAY, Melissa. Consequential Sex: #MeToo, Masterpiece Cakeshop, and Private Sexual Regulation. *Northwestern University Law Review*, v. 113, n. 4, p. 825-884, 2018. p. 860.

⁴⁵ NEJAIME, Douglas, and SIEGEL, Reva. Religious Exemptions and Antidiscrimination Law in Masterpiece Cakeshop. *Yale Law Journal Forum*, 128, p. 201-225, 2018-2019. p. 203.

of the Commission manifested in a public hearing violated the freedom of religion of the owner of the Cakeshop.

In this public hearing, spokesperson of the Commission compared the conduct of the Cakeshop's owner to justifying holocaust or slavery, and affirmed that "situations where freedom of religion has been used to justify discrimination [a]nd to me it is one of the most despicable pieces of rhetoric that people can use to – to use their religion to hurt others." Justice Kennedy stated that this description was an offense to the owner's religion, that is "inappropriate for a Commission charged with the solemn responsibility of fair and neutral enforcement of Colorado's anti-discrimination law." Given this hostility towards the defendant's religious views, the Supreme Court ruled that:

The Commission's hostility was inconsistent with the First Amendment's guarantee that our laws be applied in a manner that is neutral toward religion. Phillips was entitled to a neutral decisionmaker who would give full and fair consideration to his religious objection as he sought to assert it in all of the circumstances in which this case was presented, considered, and decided.⁴⁶

On this case, Justice Ginsberg dissented, on the bases that the statements made and the public hearings by the Commission do not provide support for the Court's holding, and that "Whatever one may think of the statements in historical context, I see no reason why the comments of one or two Commissioners should be taken to overcome Phillips' refusal to sell a wedding cake to Craig and Mullins".⁴⁷ So, for Justice Ginsberg, the conduct of the Commission on the public hearing was not enough to not judge the question brought to the Court: if the refusal to sell the wedding cake was or not legitimate, the "collision between First Amendment values on the one hand and LGBTQ rights on the other – the classic juxtaposition of liberty and equality".⁴⁸

With a seven to two majority, the Supreme Court decided, on narrow and very restricted grounds, that the Civil Rights Commission was not religious neutral when evaluating the Cakeshop's claims, and so, violating his free exercise rights. But, as can be noticed, the Court did not rule on the broader question of the intersection of antidiscrimination, free exercise of

⁴⁶ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. ____ (2018).

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ MURRAY, Melissa. *Consequential Sex: #MeToo, Masterpiece Cakeshop, and Private Sexual Regulation*. *Northwestern University Law Review*, v. 113, n. 4, p. 825-884, 2018. p. 862.

religion and free speech.⁴⁹ With this, the conflicts in question still have not been addressed, since the decision on the Cakeshop case was based on the statements of the Commissioners, and not in the core of the question: whether is possible to deny certain services to customers based upon religious views.

Given this lack of concrete resolution of the problem, in 2017 the same Cakeshop got involved in another case regarding the LGTBQ community, when denied to make a cake to celebrate the gender transition a transgender woman, who requested a cake blue on the outside and pink in on the inside. Phillips, the owner, based this denial in his Christian beliefs, in the sense that in his religion people can't choose their gender. After this refusal, the Colorado Civil Rights Division found that this denial to make the cake violated the Colorado Anti-Discrimination Act.⁵⁰ Phillips, the owner, brought another suit against the Colorado Civil Rights division, arguing that, just as in the gay couple case, if he baked the gender transition cake, he would have expressed messages he felt he could not express, because of his religious beliefs.⁵¹

The Supreme Court, as seen above, did not address the issue in question. As Chief Justice Roberts predicted in his dissenting opinion on Obergefell, the recognition of same-sex marriage and that the laws against it are violating the Fourteenth Amendment, collided with other rights equally guaranteed by the Constitution. After the Masterpiece Cakeshop case, we still do not know to which extent a person can deny services to same-sex couples based on religious beliefs, without crossing the line to discrimination. With this, the collision between freedom of religion and the right to same-sex marriages is yet to be solved, since the Court's ruling did not give the parameters to which one conduct can be characterized as being discriminatory against homosexual couples.

IV. Conclusion

From what was approached in this article, we can see that the importance of marriage in the United States society played a large role in the recognition of the right to same-sex marriages, in 2015. This precedent, reasoned on the violation to the Equal Protection Clause, however, has flaws, since it did not

⁴⁹ MURRAY, Melissa. Consequential Sex: #MeToo, Masterpiece Cakeshop, and Private Sexual Regulation. *Northwestern University Law Review*, v. 113, n. 4, p. 825-884, 2018. p. 861.

⁵⁰ *Idem*, pp legal ce. 861.

⁵¹ Complaint at 4, *Masterpiece Cakeshop, Inc. v. Elenis*, No. 1: 18-cv-02074, 2018 WL 3870105 (D. Colo. Aug. 14, 2018).

address the eventual conflicts between this newly declared right and other constitutional rights.

Marriage is a status-conferring institute, that has a deep social meaning. Being seen as a symbol of commitment, a demonstration of the will of the couple to dedicate to a shared life, the exclusion of a group of persons of the possibility to marry branded such group as inferior to the rest of the society. Marriage is considered the basis of the society, being so a public policy of the state to encourage long-last relationships. Because of this, the simple cohabitation, without marrying, has a small recognition across the country, and no uniformization in the Courts when it comes to the division of property acquired during the union. So, marriage, not only because of its social meaning, has a higher level of legal certainty when it comes to the rights of the partners – one other benefit from which same-sex couples were deprived before equal marriage.

The precedent that paved the way for the recognition of the right to same-sex marriage was *Lawrence v. Texas*, in 2003. In this occasion, the Supreme Court found that state laws could not criminalize homosexual conduct, considering the practices of a group of persons as a crime, reasoning that this is a violation to equal protections guaranteed by the Constitution. Justice Scalia, by the time, dissented on the basis that all laws are, more or less, based on moral views, and that such reasoning would lead to the banning of the possibility of the states to deny same-sex couples marriage licenses and to not recognize these marriages, even if celebrated in other state. He was correct, since in 2015, in *Obergefell v. Hodges*, the Supreme Court ruled, with basis on the Fourteenth Amendment, that, by the correlation between equality and liberty, the persons had the right to marry – as marriage is a fundamental institute on the north-american society and a social symbol of commitment to the relationship –, and to choose who to marry. In consequence, under the Equal Protection Clause, a group of persons could not be deprived of such right, with a strong use of the *Lawrence* reasoning in this sense and by the role of tradition in the exclusion of parts of the population, since new forms of liberty develop alongside with society.

But, just as Chief Justice Roberts reasoned in his dissenting opinion on *Obergefell*, the recognition of the right to same-sex marriage would conflict with other rights, specially the ones regarding free exercise of religious beliefs. In 2018 the Supreme Court was faced with this question in the *Masterpiece Cakeshop* case, where the owner refused to make a cake for a gay wedding, and litigated with the Colorado Civil Rights Commission about whether his conduct has discriminatory or based on an exemption of freedom of exercise and of speech. The Supreme Court, however, did not draw the line where the

exercise of religious beliefs ends and discrimination begins in such situations, since it decided in favor of the owner because of the statements of the Civil Rights Commission's spokesperson in a public hearing. This way, by the Court's position, we, still, do not know how to balance LGBTQ+ and religious rights, which opens the gate for discriminatory actions against both groups.

References

ALVARE, Helen M. Marriage and Family as the New Property: Obergefell, Marriage, and the Hand of the State. *Regent University Law Review*, v. 28, n. 1, p. 49-70, 2015-2016.

BOWMAN, Cynthia Grant. A Feminist Proposal to Bring Back Common Law Marriage. *Cornell Law Faculty Publications*, paper 138, 1996.

BRAY, Richard P. Review of "Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne", by Georges Ripert. *The American Journal of Comparative Law*, v. 2, n. 2, p. 262-265, 1953.

CRAWLEY, John B. Is the Honeymoon over for Common-Law Marriage: A Consideration of the Continued Viability of the Common-Law Marriage Doctrine. *Cumberland Law Review*, v. 29, n. 2, p. 399-426, 1999.

HAAS, Stephen. WHITTON, Sarah. The significance of living together and importance of marriage in same-sex couples. *Journal of Homosexuality*, v. 62, p. 1241-1263, 2015.

HALLEY, Janet. Behind the law of marriage: from status/contract to the marriage system. *Unbound*, v. 6, n. 1, 2010.

KANDOIAN, Ellen. Cohabitation, Common Law Marriage, and the Possibility of a Shared Moral Life. *Georgetown Law Journal*, v. 75, n. 6, p. 1829-1874, August 1987.

KAPLAN, Joshua. Unmasking the Federal Marriage Amendment: The Status of Sexuality. *Georgetown Journal of Gender and the Law*, v. 6, n. 1, p. 105-142, 2005.

KNAUER, Nancy J. Same-Sex Marriage and Federalism. *Temple Political & Civil Rights Law Review*, v. 17, n. 2, p. 421-442, Spring 2008.

MURRAY, Melissa. Consequential Sex: #MeToo, Masterpiece Cakeshop, and Private Sexual Regulation. *Northwestern University Law Review*, v. 113, n. 4, p. 825-884, 2018.

NEJAIME, Douglas, and SIEGEL, Reva. Religious Exemptions and Antidiscrimination Law in Masterpiece Cakeshop. *Yale Law Journal Forum*, 128, p. 201-225, 2018-2019.

RIOS, Roger Raup. Democracia, direitos humanos e direito natural: crítica à tese de John Finnis sobre o casamento homossexual. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 11-36, 2018.

SIMPSON, Jeffry A., CAMPBELL, Bruce, & BERSCHEID, Ellen. (1986). The Association between Romantic Love and Marriage: Kephart (1967) Twice Revisited. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 12(3), 363–372.

SPRECHER, Susan. HATFIELD, Elaine. The importance of love as a basis of marriage: revisiting Kephart (1967). *Journal of Family Issues*, 2017, v. 38, p. 312-335, 2015.

YOSHINO, Kenji. A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges. *Harvard Law Review*, v. 129, n. 1, p. 147-180, November 2015.

American criminal procedure: a brief overview focused on defendants' rights

Stefan Espirito Santo Hartmann*

Summary: I. Introduction. II. Investigatory and accusatory police procedure. 1. Protection against unreasonable searches and seizures. 2. Privilege against self-incrimination. III. Trial procedure. 1. Right to a public trial by an impartial jury. 2. Right to effective counsel. IV. Conclusion.

I. Introduction

It is a widespread idea in Brazil that the people are very interested in the American criminal procedure. There is a general idea that The United States criminal justice system is more effective and more severe with the defendants than the Brazilian system. In addition, the interest in the American criminal procedure has increased over the past few years in the legal community for various legal categories, usually related to Common Law systems, have been incorporated to the Brazilian legal framework. For instance, a 2013 Act was adopted by Congress, changing many aspects regarding the prosecution of white collar crimes, and introducing a more developed version of the Brazilian plea bargaining.

However, Brazilians have never really studied the American criminal procedure in its specific grounds. Brazilian lawyers and judges share common beliefs and thoughts on various aspects of the American criminal procedure, but these ideas are not accurate. Consequently, when examining various aspects of the American legal system, Brazilian legal community is induced to many misunderstandings, creating a wrong framework of this topic. This phenomenon has terrible consequences for when drafting a legal category

* District Court Judge. Holds a Master of Laws Degree from Federal University of Rio Grande do Sul (2019). Doctor of Law Candidate at the same University (2019-2022). Email: stefan.hartmann@trf4.jus.br.

using a source from abroad, it becomes necessary to be acquainted with the foreign legal system.

Given these circumstances, the major goal of this paper is to provide theoretical support for a better understanding of the American criminal procedure, allowing the collective construction of critical reflection. Particularly, the idea is to provide a brief overview of the topic, helping the Brazilian legal community to know better how the criminal system works in America. Additionally, the specific goal of the article is to present and debate some of the rights that are granted to American defendants in criminal procedures.

To achieve these objectives, there are notions that must be approached in the paper: protection against unreasonable searches and seizures, privilege against self-incrimination, right to a public trial by an impartial jury, and right to effective counsel. The article has chosen the methodology of the French plan by dividing the work into two main parts: rights applied to investigatory and accusatory police procedures, and rights applied to trial procedures.

However, as a matter of introduction, it is interesting to be familiar with the steps in the federal criminal process. Compared to the Brazilian criminal procedure, the American one is significantly different. Thus, it becomes necessary to provide a brief overview of the steps in the federal criminal process. The source used here is the United States Department of Justice, particularly the Offices of the United States Attorneys.¹

The first step is the investigation. In the Federal Government, there are agencies that use criminal investigators to collect and provide information to the United States Attorneys in the respective district. For example, the Federal Bureau of Investigation (FBI), the Drug Enforcement Administration (DEA), the Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives (ATF), the United States Secret Service (USSS), and the Homeland Security Investigation (DHS/HSI).

The investigators at these agencies investigate the crime and acquire evidence, and help prosecutors understand the details of the case. The prosecutor may work with just one agency but, many times, a number of investigating agencies are involved. Depending on the exact facts of the case, the first step may actually be an arrest. If police have probable cause to arrest a suspect, they will go ahead and make an arrest.

The second step is the initial hearing or arraignment. Either the same day or the day after a defendant is arrested and charged, he is brought before a magistrate judge for an initial hearing. At that time, the defendant learns

¹ Available in <https://www.justice.gov/usao/justice-101/steps-federal-criminal-process>. Access on January 16th, 2020.

more about his rights and the charges against him, measures are taken for him to have an attorney, and the judge decides if the defendant will be held in prison or released until the trial.

In many cases, the law allows the defendant to be free from prison before a trial if he meets the requirements for bail. Before the judge makes the decision on whether to grant bail, he must hold a hearing to learn facts about the defendant including how long the defendant has lived in the area, if he has family nearby, his previous criminal record, and if he has threatened any witnesses in the case. The judge also considers the defendant's potential danger to the society.

If the defendant cannot *post bail* (pay the money), the judge may order him remanded into the detention of the U.S. Marshals pending trial. The defendant will also be asked to plead guilty or not guilty to the charges.

The third step is charging. After the prosecutor studies the information from investigators and the information he gathers from talking with those involved, he decides whether to present the case to the grand jury. When a person is indicted, he is given formal notice that it is alleged that he committed a crime. The indictment contains the basic information that informs the person of the charges against him.

For possible felony charges, a prosecutor will present the evidence to an impartial group of citizens called a grand jury. Witnesses may be called to testify, evidence is shown to the grand jury, and an outline of the case is offered to the grand jury members. The grand jury listens to the prosecutor and witnesses, and then votes in secret on whether they think that enough evidence exists to charge the person with a crime.

A grand jury may come to a decision not to charge an individual based upon the evidence, no indictment would come from the grand jury. Grand juries are made up of approximately 16-23 members. Their proceedings can only be attended by specific individuals. For instance, witnesses who are compelled to testify before the grand jury are not allowed to have an attorney present. At least twelve jurors must agree in order to issue an indictment.

The fourth step is discovery. Before a prosecutor begins a trial, he has to become familiar with the facts of the crime, talk to the witnesses, study the evidence, foresee problems that could arise during trial, and develop a trial strategy. The prosecutor can even practice certain statements he will say during trial. In the meantime, the defense attorney is preparing in the same way.

One of the first steps in preparing for trial is speaking to witnesses who could be called to testify in court. Both the defense and the prosecutor can call witnesses to testify or tell what they know about the case.

Prosecutors are also ought to provide the defendant copies of materials and evidence that the prosecution intends to use at trial. This process continues from the time the case begins to the time of trial. A prosecutor has a continuing responsibility to provide the defendant documents and other information which may reflect upon the case. A failure of the prosecutor to do so can expose him to fines/sanctions by the court.

Further, the prosecutor is obliged to provide the defense with evidence that may hurt his case, called exculpatory evidence. This evidence could show the defendant's innocence. If the prosecution does not deliver it to the defense, it may require a new trial.

The fifth step is plea bargaining. When the Government has a strong case, it may offer the defendant a plea deal to evade trial and perhaps reduce his exposure to a lengthier sentence.

A defendant can only plead guilty if they actually committed the crime and admit to doing so in open court before the judge. When the defendants admit to the crime, they agree they are guilty and they agree that they may be *sentenced* by the judge presiding over the court — the only person authorized to enforce a sentence. Sometimes the Government will agree, as part of a plea agreement, not to advise an enhanced sentence (such as additional time in prison for certain reasons) but it is left up to the judge to decide how the defendant will be punished. If a defendant pleads guilty, there is no trial, but the next step is to prepare for a sentencing hearing.

The sixth step is the preliminary hearing. Once the defendant has entered a plea of not guilty, a preliminary hearing will frequently be held. The prosecutor has to show that enough evidence exists to charge the defendant. Preliminary hearings are not always required, and the defendant can decide to waive it. It must be held within 14 days of the initial appearance if the defendant is being held in prison. If the defendant is out on bail, it must be scheduled within 21 days of the initial appearance.

The preliminary hearing is like a mini-trial. The prosecution will call witnesses and present evidence, and the defense can cross-examine witnesses. If the judge concludes there is probable cause to suppose the crime was committed by the defendant, a trial will soon be scheduled. On the other hand, if the judge does not believe the evidence establishes probable cause that the defendant committed the offence, he will dismiss the charges.

The seventh step is the pre-trial motions. The prosecutor can respond to or file motions, which are an application to the court made by the prosecutor or defense attorney, requesting that the court make a decision on a certain issue before the trial begins. The motion can influence the trial, courtroom, defendants, evidence, or testimony. Common pre-trial motions include

motion to dismiss the charges, motion to suppress evidence, and motion for change of venue.

The eight step is the actual trial, which is a structured process where the facts of a case are offered to a jury, and they decide if the defendant is guilty or not guilty of the charge offered. During trial, the prosecutor uses witnesses and evidence to confirm to the jury that the defendant committed the crime. The defendant, represented by an attorney, also gives his side of the story using witnesses and evidence.

In a trial, the judge decides what evidence can be revealed to the jury. After being charged, the jury goes into deliberation, the process of deciding whether a defendant is guilty or not guilty. During this process, no one connected with the trial can contact the jury without the judges and lawyers. If the jury has a question on the law, they must write a note to the judge, which he will read in court with all parties present.

In federal criminal trials, the jury must reach a unanimous decision in order to convict the defendant. After they reach an agreement on a verdict, the juries notify the judge, the lawyers, and the defendant in open court.

The ninth step is post-trial motions. If the defendant is convicted, there are several motions that can be filed after the trial is over. Common post-trial motions include motion for a new trial, motion for judgment of acquittal, and motion to vacate, set aside, or correct a sentence.

The tenth step is sentencing. A few months after the defendant is found guilty, he returns to court to be sentenced. The judge receives direction and assistance from several sources in order to sentence a defendant. Congress has established minimum and maximum penalties for many crimes which the judge uses to craft a sentence.

The death penalty may only be imposed on defendants convicted of capital offenses – such as murder, treason, genocide, or the killing or kidnapping of a Congressman, the President, or a Supreme Court justice. Contrasting to other punishments, a jury must decide whether to impose the death penalty.

In conclusion, the final step is the appeal. Even after a defendant is found guilty, he can appeal to the Circuit Court if he thinks he was wrongly convicted or the sentence was too harsh. A common appeal is that a judgment from the judge was incorrect – such as whether to suppress certain evidence or to impose a certain sentence. Even after an appeal is decided by a circuit court judge, a defendant can try to appeal that judgment to the United States Supreme Court, which makes the final decision concerning a defendant's appeal. The Court is not required to hear an appeal in every case and takes only a few number of cases each year.

Therefore, after this brief introduction to the federal process, it's time to explore the defendant's rights in the American criminal procedure.

II. Investigatory and accusatory police procedure

In this first part, the idea is to address two defendant's rights that, in general, are applied before a trial starts. The protection against unreasonable searches and seizures, and the privilege against self-incrimination usually take place in investigatory and accusatory proceedings, presided by police officers. In addition, they are provided by the Fourth and the Fifth Amendment to the United States Constitution, part of the *Bill of Rights*, adopted in 1791.

1. Protection against unreasonable searches and seizures

The Fourth Amendment to the Constitution of The United States affirms that *the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated*. This privilege is commonly named after *protection against unreasonable searches and seizures*, and every American citizen is entitled to this right.

According to Steinberg,² the historical record robustly suggests that the Fourth Amendment was intended only to proscribe physical searches of residences where the search occurred pursuant to a general warrant, or without any warrant at all. The contemporary proscription against unreasonable searches originated not with concerns about abuses of government power, but with laws that protected homes against breaking and entering by private citizens.

As claimed by the author,³ this historical backdrop has led to the eighteenth-century American opposition to unreasonable searches and seizures, which culminated in the Fourth Amendment. Therefore, when eighteenth-century Americans spoke of unreasonable searches or seizures, they were criticizing one specific practice – the unlawful physical entry of houses. They did not want impose broad regulations on how law enforcement officers gathered evidence or effected arrests. Instead, the intention was exclusively to prohibit housebreaking by government agents, pursuant to a general warrant or no warrant at all.

Nevertheless, the evolution of technology has required a new understanding of the Fourth Amendment. The courts have realized that the original

² David E. Steinberg, *The Original Understanding of Unreasonable Searches and Seizures*, 56 Fla. L. Rev. 1051 (2004), p. 1061.

³ *Ibidem*, p. 1063.

concept of the protection against unreasonable searches and seizures could not properly address the major problems anymore. As a result, Gildea and Weiler⁴ affirm that the protection against unreasonable searches and seizures is one of the most politicized and litigated rights included in the Constitution.

Indeed, under the influence of new technologies, Law of Evidence has faced new challenges. Invasive and highly technological methods of collecting evidence have risen, enabling to reach intangible knowledge and results by the senses and traditional techniques adopted until then.⁵ This phenomenon has created major legal problems for those new technologies don't fit into traditional concepts of evidence, undermining the protection against unreasonable searches and seizures.⁶

In general, Police need a warrant to search and apprehend things, objects, and to open letters. The critical note goes to the tangibility of its object: what escaped this sensible quality could not constitute search and seizure. However, the rise of the virtual world, although stripped of the tangible content of reality, would demonstrate that such elements, linked to the possession of things, are far from encompassing the full scope of searches and seizures.

In a smartphone, for instance, there is an extensive set of information that goes far beyond the concept of a telephone. In that case, when considering technological improvements, Courts face a great problem: how to apply the rule, based on past technologies, to present and future technological developments.⁷

The Supreme Court has already addressed this issue, creating an interesting line of precedents. Studying these decisions is an adequate way to understand the modern construction of the protection against unreasonable searches and seizures.

Olmstead⁸ is the precursor case, and enshrined the trespass theory or proprietary theory: constitutional protection would extend only to tangible areas, requiring entry and violation of a private space. The Court has esta-

⁴ Andrew J. Gildea; David J. Weiler, *Unreasonable Searches and Seizures*, 26 Am. Crim. L. Rev. 1397 (1989), p. 1397.

⁵ Gabriella Di Paolo, *Judicial Investigations and Gathering of Evidence in a Digital Online Context*, Revue Internationale de Droit Pénal, vol. 80, no. 1, 2009, pp. 201-246.

⁶ Stephen Moccia, *Bits, Bytes, and Constitutional Rights: Navigating Digital Data and the Fourth Amendment*, 46 Fordham Urb. L.J. 162 (2019), p. 165.

⁷ Jeremy A. Moseley, *The Fourth Amendment and Remote Searches: Balancing the Protection of the People with the Remote Investigation of Internet Crimes*, 19 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 355 (2005), p. 358.

⁸ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

blished a restrictive interpretation of the Fourth Amendment, extending the protection only to things, objects, and places.⁹

Nevertheless, later in *Katz*,¹⁰ the Court ruled that the Fourth Amendment not only regulates the search for tangible items, but also covers the recording of oral statements. Turning the focus of constitutional protection, *Katz* concluded that, since the Fourth Amendment protects people, rather than places, its purpose cannot be frustrated by the absence of a physical intrusion in any enclosure. Subsequently, the Court has introduced a test made up of two questions: (a) if there is a real and effective expectation of privacy; (b) if society is willing to recognize this expectation as reasonable.

This notion was expanded in *Kyllo*,¹¹ where the Court held that, when using equipment that is not in general public use to explore details of a residence that would not be accessible without physical intrusion, observation is a search and it needs a warrant. If the Police want to use a technology that is not yet widespread in general public use, they should obtain a warrant, as it would be practicing a restriction to a Fundamental Right.¹²

Finally, in *Carpenter*,¹³ the Court decided that the Fourth Amendment protects not only property interests but also reasonable expectations of privacy. In the digital age, expectations of privacy do not fit precisely into existing precedents. Nevertheless, tracking a person's movements and location through extensive cell-site records is far more intrusive than the precedents might have anticipated.

Therefore, in the opinion of the Supreme Court, it is important to verify whether a Police action constitutes a warrantless restriction of a Fundamental Right, protected by the Fourth Amendment. That will depend on the establishment of three requirements: (i) the action has reached certain information that would otherwise not be available; (ii) the technological resources exceed the normal sensory capacities inherent to humans; (iii) the devices employed are foreign to the general use of society.

Taking that into consideration, one can say that the original understanding of the protection against unreasonable searches and seizures was quite

⁹ Rania M. Basha, *Kyllo v. United States: The Fourth Amendment Triumphs over Technology*, 41 *Brandeis L.J.* 939 (2003).

¹⁰ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

¹¹ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

¹² Sean D. Thueson, *Fourth Amendment Search – Fuzz Shades of Gray: The New Bright-Line Rule in Determining When the Use of Technology Constitutes a Search – Kyllo v. United States*, 121 *S. Ct.* 2038 (2001), 2 *Wyo. L. Rev.* 169 (2002), p. 172.

¹³ *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018).

different from the current opinion of the Supreme Court. In addition, there are two more important precedents that need to be reviewed in this paper.

The first one is *Terry v. Ohio*.¹⁴ In this case, the question that was asked before the Court was this: if a policeman intends to search and seizure a suspect on the street, does he need a warrant under the Fourth Amendment? Was the search of Terry and the other men in violation of the Fourth Amendment, since it was warrantless?

In an eight-to-one decision, the Court held that the search undertaken by the officer was reasonable under the Fourth Amendment and that the weapons seized could be introduced into evidence against Terry. For the Supreme Court, where a reasonably prudent officer is warranted in the circumstances of a given case in believing that his safety or that of others is endangered, he may make a reasonable search for weapons of the person believed by him to be armed and dangerous regardless of whether he has probable cause to arrest that individual for crime or the absolute certainty that the individual is armed.

Consequently, an officer justified in believing that an individual whose suspicious behavior he is investigating at close range is armed may, to neutralize the threat of physical harm, take necessary measures to determine whether that person is carrying a weapon. The policeman may make an intrusion short of arrest where he has reasonable apprehension of danger before being possessed of information justifying arrest.

The other relevant precedent is *Riley v. California*.¹⁵ In this case, the issue was the following: under the Fourth Amendment, does the Police need a warrant to access the content of a smartphone possessed by a suspect? In this particular case, was the evidence admitted at trial from Riley's cell phone discovered through a search that violated his Fourth Amendment right to be free from unreasonable searches?

For the unanimous Supreme Court, the warrantless search exception following an arrest exists for the purposes of protecting officer safety and preserving evidence, neither of which is at issue in the search of digital data. It cannot be used as a weapon to harm an arresting officer, and police officers have the ability to preserve evidence while awaiting a warrant by disconnecting the phone from the network and placing the phone in a Faraday bag.

As claimed by the Court, cell phones are minicomputers filled with massive amounts of private information, which distinguishes them from the traditional items that can be seized from an arrestee's person, such as a wallet. Therefore, in general, Police need a warrant to access the content

¹⁴ *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).

¹⁵ *Riley v. California*, 573 U.S. ____ (2014).

of a smartphone. Nonetheless, some warrantless searches of cell phones might be permitted in an emergency: when the government's interests are so compelling that a search would be reasonable.

That is sufficient for the protection against unreasonable searches and seizures. In the next item, the paper discusses the privilege affirmed by the Fifth Amendment to the Constitution of The United States.

2. *Privilege against self-incrimination*

According to the Fifth Amendment, *no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*. The text seems limited, however it protects a broad sphere of conducts that the accused is not obliged to practice.

As claimed by Redmayne,¹⁶ the main concept of the privilege against self-incrimination is that the accused is not required to produce evidence against himself. The idea is to prohibit self-incrimination: the accused is not obliged to contribute to his or her destruction, whereas the State should have other instruments to prove defendant's culpability.

Undoubtedly, everyone can use this privilege, not only the person who is arrested, but also anyone who can self-incriminate (suspected, investigated, accused, etc.). Regarding the person that is serving as witness, Orfield¹⁷ explains that, if he is actually giving a deposition as a witness, the person has an obligation to tell the truth, otherwise he will be charged with perjury. However, if his answers may result in self-incrimination, the person is also protected by the privilege. Therefore, if an individual is subpoenaed to testify as a witness in an investigation, and, during his testimony, ends up confessing a crime, such confession is not valid if the presiding authority did not warn him in advance that he was not required to produce evidence against himself, having the right to remain silent.

The warning is the heart of the Fifth Amendment privilege, as it was decided by the Supreme Court in *Miranda v. Arizona*.¹⁸ The Court affirmed that no validity could be given to statements made to the police unless the person has been warned: (a) that he has the right to remain silent; (b) that whatever he says may be used against him; (c) that he has the right to legal counsel.

¹⁶ Mike Redmayne, *Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination*, Oxford Journal of Legal Studies, Volume 27, Issue 2, Pages 209–232 (2007), p. 209.

¹⁷ Lester B. Orfield, *The Privilege against Self-Incrimination in Federal Cases*, 25 U.Pitt. L. Rev. 503 (1964), p. 506-509.

¹⁸ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

In effect, the Supreme Court's decision in *Miranda v. Arizona* addressed four different cases involving custodial interrogations. In each of these cases, the defendant was questioned by police officers, detectives, or a prosecuting attorney in a room in which he was cut off from the outside world. In none of these cases was the defendant given a full and effective warning of his rights at the outset of the interrogation process. In all the cases, the questioning elicited oral admissions and, in three of them, signed statements that were admitted at trial.

Considering these cases, the questions that were brought before the Court were: statements obtained from an individual who is subjected to custodial police interrogation are admissible against him in a criminal trial? Procedures which assure that the individual is accorded his privilege under the Fifth Amendment to the Constitution not to be compelled to incriminate himself are necessary?

For the Court, the Fifth Amendment privilege is available outside of criminal court proceedings and serves to protect persons in all settings in which their freedom of action is curtailed in any considerable way from being compelled to incriminate themselves. As a consequence, the prosecution may not use statements, whether exculpatory or inculpatory, stemming from custodial interrogation of the defendant unless it demonstrates the use of procedural safeguards effective to secure the privilege against self-incrimination.

The rationale applied by the Supreme Court was that, without proper safeguards, the process of in-custody interrogation of persons suspected or accused of crime contains inherently compelling pressures which work to undermine the individual's will to resist and to compel him to speak. Therefore, a defendant should be warned by the authority that he has the right to remain silent, that whatever he says may be used against him, and that he has the right to legal counsel.

In addition, Hirsch¹⁹ claims that, if the suspect chooses to stay silent or exercises his right to legal counsel prior to or during questioning, the interrogation must cease. However, the suspect/defendant can waive this privilege against self-incrimination – it is not an absolute right –, but only if the waiver is made *voluntarily, knowingly and intelligently*. In other words, waiving Miranda rights must be the product of a reflexive decision made by the waiver with the assistance of his attorney.

¹⁹ Gary Hirsch, *Criminal Procedure II: The Privilege against Self-Incrimination*, 1987 Ann. Surv. Am. L. 251 (1987), p. 252.

Finally, one more aspect of the privilege against self-incrimination must be addressed. According to Kerr,²⁰ this enshrines the *act of production doctrine*, which means that the defendant has the right to not practice any active behavior that might incriminate him. In other words, positive behavior cannot be demanded from the accused, and he cannot be required to do something. For example, a crime reconstitution involves active behavior, therefore is protected by the privilege. The police cannot oblige the defendant to participate in a crime reconstitution.

However, this doctrine is criticized by some sectors of doctrine. Writing before he was appointed to the Supreme Court in 2006, Alito,²¹ for instance, claims that this theory has deep practical flaws. For him it is excessively abstract, and this excessiveness makes one question whether it can be understood and successfully applied by busy practitioners and trial judges. Also, regarding documents, the author defends that this theory has never been of much practical interest to either parties, for even without a fifth amendment, few witnesses could be sent to jail by compelling them to concede possession of incriminating documents.

With these considerations, the paper finishes the analysis of the rights that are usually applied to investigatory and accusatory police proceedings. The protection against unreasonable searches and seizures and the privilege against self-incrimination are at the core of the American criminal procedure, thus they need to be well understood. Now, the next section will examine other rights regarding the trial procedure.

III. Trial procedure

In this second part, the paper will address two important defendant's rights that are applicable to the trial procedure. Both of them are provided by the Sixth Amendment, also adopted in 1791. The first one is the right to a public trial by an impartial jury, and the second is the right to effective counsel.

1. Right to a public trial by an impartial jury

According to the Sixth Amendment to The United States Constitution, *in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and*

²⁰ Orin S. Kerr, *Compelled Decryption and the Privilege against Self-Incrimination*, 97 Tex. L. Rev. 767 (2019), p. 772.

²¹ Samuel A. Jr. Alito, *Documents and the Privilege against Self-Incrimination*, 48 U.Pitt. L. Rev. 27 (1986), p. 46-47.

public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed. As stated by Gildea,²² this right is single among the guarantees of individual liberties contained in the Bill of Rights, for it is most ancient of these rights and, in many ways, it has become the most intricate.

The same author²³ explains that the guarantee is the only one of these privileges contained explicitly in the original Constitution. Also, more than any other right in the first ten amendments, the guarantee to jury trial was both a glow of the American Revolution and the vehicle for the creation of the Bill of Rights.

Gildea²⁴ affirms that even before the initial days of English presence in America, colonists were guaranteed a right to jury trial. In addition, once they arrived in the new world, the colonists enacted local laws to protect and implement their right to such trials. Nevertheless, although the provision seems simple in a first reading, it would be impossible to cover the development of the guarantee in America between 1791 and the present. As claimed by Thorne,²⁵ the complexion of the modern American jury has changed considerably from that of earlier times. For example, the jury was initially composed of friends and neighbors who qualified to hear the case because of their personal knowledge of the facts or of the parties or both, an impossible composition in current days. So much has happened, and the privilege has evolved consistently during all this time.

Therefore, the paper will outline the modern precedents and suggest cases that are important to examine as a step toward investigating particular topics within this wide field. Additionally, the article will focus on the federal criminal procedure, choosing not to cover rules regarding jury trials in the states for it would be impossible to examine all the fifty jurisdictions.

The first interesting topic to analyze relates to demanding a jury trial. As stated by Gildea,²⁶ in federal prosecutions, a defendant can demand a trial by jury and a unanimous verdict by a panel of twelve jurors. The federal prosecutor might also insist on a jury trial, even if the defendant and the judge indicate a preference for a bench trial. The same author²⁷ asserts that the right to a panel of twelve jurors is unambiguous in federal prosecutions.

²² Andrew J. Gildea, *The Right to Trial by Jury*, 26 Am. Crim. L. Rev. 1507 (1989), p. 1507.

²³ *Idem*, p. 1507.

²⁴ *Idem*, p. 1508.

²⁵ D. Eugene Thorne, *The Impartial Jury and the Social Sciences*, 5 J. Contemp. L. 43 (1978), p. 44.

²⁶ Andrew J. Gildea. *Idem*, p. 1523.

²⁷ *Ibidem*, p. 1523-1524.

In the same way, in federal courts, unanimous verdicts are required to establish a conviction. In other words, all the twelve jurors must agree on acquitting or convicting the defendant, otherwise the judgment can be nullified, and another jury trial should happen.

Another relevant subject is the selection of jurors. Gildea²⁸ explains that before 1968, both federal and state jurisdictions relied primarily on a *key system* of selecting *venires*, or pools of potential jurors. In this case, the jury clerk of the trial court asked *upstanding* citizens to submit names of persons whom they believed were capable to serve as jurors, and the clerk selected the venire from these lists.

The author²⁹ makes clear that the major alternative to this system is the *cross section* method, whereby the venire is selected from a list of voters or taxpayers. Voting rolls are now the most usual source for federal venires. Today, juries for federal criminal trials are chosen by the *cross section* method.

Regarding the selection of jurors, one important issue is the discrimination in shaping the venire. Considering the racial discrimination history of The United States, it is relevant to study how the Supreme Court has addressed this relevant question, which has major consequences both in federal and state courts.

This problem was addressed in *Flowers v. Mississippi*.³⁰ In 1996, four employees of Tardy Furniture Store in Winona, Mississippi, were killed during an armed robbery. Flowers was tried for the murder of the employees and was convicted and sentenced to death. The defendant then appealed his conviction on several grounds, one of which was that the State violated his Sixth and Fourteenth Amendment rights during the jury selection process by exercising its peremptory strikes in a racially discriminatory way. The prosecution had struck five African American prospective jurors.

The Mississippi Supreme Court rejected Flowers's arguments as to the jury selection, however the Supreme Court granted certiorari as to the question whether the Mississippi Supreme Court erred in how it applied *Batson v. Kentucky*.³¹ For the majority opinion of the Court, the trial court at Flowers's murder trial committed clear error in concluding that the State's peremptory strike of a particular black prospective juror was not motivated in substantial part by discriminatory intent.

²⁸ Andrew J. Gildea, *The Impartial Jury and the Social Sciences*, 5 J. Contemp. L. 43 (1978). p. 1524-1525.

²⁹ *Ibidem*, p. 1524-1525.

³⁰ *Flowers v. Mississippi*, 588 U.S. ____ (2019).

³¹ *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986).

According to the Supreme Court, under *Batson v. Kentucky*, once the defendant has made a *prima facie* case of discrimination, the State must provide race-neutral reasons for its peremptory strikes. The trial court judge must then determine whether the provided reasons actually motivated the peremptory strikes or instead were simply pretext for unlawful race discrimination. The Court found that the overall context and the evidence in Flowers's trial show that the State's peremptory strike of one juror in particular was based on racial discrimination.

Thus, the conclusion is that the courts cannot let discrimination in shaping the venire happen. If the defendant feels that he or she is being discriminated, the prosecution must offer race-neutral reasons for its unconditional strikes. For the Supreme Court, this procedure promotes a non-discrimination trial where black and white defendants are equally tried on the same grounds, and are entitled to the same privileges.

Exploring this point, Gildea³² explains that, before the trial starts, the jury is selected from the venire in a process called *voir dire*. During this proceeding, the trial judge, prosecutor and defense counsel can make questions into the views, experience and impartiality of potential jurors. If any of the parties notice bias on the part of a juror, he or she can be dismissed either by a *challenge for cause* or by one of the parties' limited *peremptory challenges*.

As claimed by the author,³³ The Federal Jury Selection and Service Act of 1968 includes the following requirements for federal jurors: (i) United States citizenship; (ii) minimum age of eighteen; (iii) minimum one year of residence in the federal district where the trial court sits; (iv) no felony convictions unless pardon or amnesty has been granted; (v) minimum ability to read, write and understand English; and (vi) no mental or physical disabilities which would hamper efficient jury service. A juror can be challenged for cause if he does not meet these requirements.

Gildea³⁴ adds that other possible grounds for *challenge for cause* include prejudice, relationship with the defendant, a witness or victim, or sympathy with certain philosophies. Personal philosophies of venire members arise as grounds of *for cause* challenges in two major fields: death penalty cases and political cases.

³² Andrew J. Gildea. *Idem*, p. 1528-1530.

³³ *Idem*, p. 1528-1530.

³⁴ *Idem*, p. 1528-1530.

Regarding peremptory challenges, the author³⁵ affirms that approximately every jurisdiction permits both prosecutors and defense counsels to use peremptory challenges to refuse certain venire members, either immediately or after *voir dire* examination. Generally, counsel need not give details nor may the trial judge make any inquiry into the grounds for such challenges. Nevertheless, peremptory challenges are often criticized by sectors of doctrine. Coughlan,³⁶ for instance, defends that contemporary studies support the notion that, even after *Batson v. Kentucky*, these kinds of challenges are often motivated by discriminatory biases, such as race or gender. Citing a study conducted by the Equal Justice Initiative, a non-profit law organization, the author explains that, from 2005 to 2009, in cases where the death penalty has been imposed, prosecutors in the State of Alabama used peremptory strikes to remove 80% of the African Americans qualified for jury service.

Finally, one last important issue is the publicity of the trial. For Sanchez,³⁷ the guarantee of publicity which places the trial under popular observation is itself designed to safe-guard against the dangers of persecution, abuse of judicial power and biased verdicts, evidently, upon the theory that impartial justice must be seen to be done. Besides, the right to a fair and impartial trial is well within the broad conception of due process of law.

In this perspective, addressing impartiality, Gildea³⁸ explains that, in some criminal cases, media coverage or community knowledge of the facts of a case, or a circus atmosphere at the trial, can annihilate conditions which allow defendants their right to trial by an impartial jury. In cases like this, judges can close preliminary hearings without violating the first amendment, if specific findings are made demonstrating that there is a substantial chance that the defendant's right to a fair trial will be prejudiced by publicity that closure would prevent, and that reasonable alternatives to closure cannot adequately protect the defendant's fair trial rights. In addition, if there is no other alternative, the defendant is entitled to a change of venue.

With those considerations, it is time to examine the second defendant's right that is generally applied to trial procedures: the right to effective counsel.

³⁵ Idem, p. 1528-1530.

³⁶ Stephanie M. Coughlan, *The (Im)Partial Jury: A Trial Consultant's Role in the Venire Process*, 84 Brook. L. Rev. 671 (2019), p. 680.

³⁷ Conrado V. Sanchez, *A Fair and Impartial Trial*, 11 Ateneo L.J. 1 (1961), p. 1-2.

³⁸ Andrew J. Gildea. Idem, p. 1530-1535.

2. *Right to effective counsel*

As stated by the Sixth Amendment to The United States Constitution, *in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to have the assistance of counsel for his defense*. According to Harvell,³⁹ even though the amendment was adopted in 1791, the precedents have never really clarified what privileges it bestows on an accused, what responsibilities it places on the state and federal governments, and what safeguards it provides the adversary system of justice. The privilege, like other constitutional provisions, is still in a state of evolution.

For the author,⁴⁰ the development of the constitutional right to assistance of counsel has focused on two most important areas: (1) the right to counsel and (2) the right to effective counsel. Even though each principle is a distinct notion, the right to counsel cases often emphasize the importance of the right to effective counsel. The rationale used by the Supreme Court to extend the privilege in a given situation demonstrates that it demands more than the mere appointment of an attorney to fulfill this right, for it is expected that the attorney assumes an active role as an advocate and counsel.

One important precedent regarding the right to effective counsel is *Gideon v. Wainwright*,⁴¹ where the Supreme Court held that the sixth right to counsel extended to the states through its incorporation into the due process clause of the Fourteenth Amendment.

In this case, Gideon was charged with breaking and entering with the intent to commit a misdemeanor, which is a felony under Florida law. At trial, Gideon appeared in court without an attorney, and he asked the judge to appoint counsel for him because he could not afford it. Nevertheless, the trial judge denied Gideon's request because Florida law only permitted appointment of counsel for poor defendants charged with capital offenses.

At trial, Gideon represented himself, however despite his efforts, the jury found him guilty and he was sentenced to five years imprisonment. Gideon sought relief from his conviction by filing a petition for writ of *habeas corpus* in the Florida Supreme Court, which was denied. Gideon next filed a handwritten petition in the Supreme Court of the United States, and the Court agreed to hear the case. Then, as claimed before, the Supreme Court held that the Sixth Amendment's guarantee of counsel is a fundamental right

³⁹ Marianne Harvell, *The Sixth Amendment Right to Effective Counsel: What Does It Mean Today*, 59 Neb. L. Rev. 1040 (1980), p. 1040.

⁴⁰ *Idem*, p. 1040-1042.

⁴¹ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

essential to a fair trial and, as such, applies the states through the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment.

According to Harvell,⁴² the right to counsel is more completely developed than is the right to effective counsel. The Supreme Court on several occasions has directly addressed the issue of whether the right to counsel should be extended in given instances, and, as a result, it has enumerated specific cases in which an accused must be provided with counsel. In addition, the Court has established a general criterion for shaping the other situations in which an attorney must be provided.

However, the author⁴³ believes that, in reference to the right to effective counsel, the Supreme Court precedents are not so developed and precise. In spite of that fact, the most important case regarding this subject is *Strickland v. Washington*,⁴⁴ where the Court has established the reasonable effective assistance standard (*but for* test).

In this case, Washington pleaded guilty to murder in a Florida state court. At sentencing, his attorney did not seek out character witnesses or request a psychiatric evaluation. Subsequently, the trial court sentenced Mr. Washington to death finding no mitigating circumstances to rule otherwise.

After exhausting his state court remedies, Washington sought *habeas corpus* relief in a Florida federal district court. He argued that his Sixth Amendment right was violated because he had ineffective assistance of counsel at sentencing. The district court denied the petition, but on appeal, the Fifth Circuit reversed. The court held that the Sixth Amendment accorded criminal defendants a right to counsel rendering *reasonably effective assistance given the totality of the circumstances*. It then remanded the case to the district court to apply this standard and determine whether Washington's counsel was sufficiently prejudicial to justify the reversal of his sentence.

Thus, the question that was asked before the Supreme Court was this: what standard should be applied to determine whether a convicted person's Sixth Amendment right to counsel has been violated so as to require reversal of a conviction or to set aside a death sentence?

For the majority of the Court, (i) counsel's performance must be deficient, and (ii) the deficient performance must have prejudiced the defense so as to deprive the defendant of a fair trial. The Court explained that in making a showing of deficient performance, the defendant must demonstrate that

⁴² Marianne Harvell. *Idem*, p. 1041-1042.

⁴³ *Idem*, p. 1041-1042.

⁴⁴ *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

counsel's representation fell below an *objective standard of reasonableness*. The Court also noted that to demonstrate prejudice, the defendant must show that there is a *reasonable probability* that, *but for* counsel's unprofessional errors, the result would have been different.

In this specific case, the Court reasoned that Washington's counsel was not unreasonable. Moreover, the Court stated that even if counsel was unreasonable, counsel's conduct did not cause sufficient prejudice to Washington to warrant setting aside his death sentence. Nevertheless, the reasonable effective assistance standard was established.

Summarizing the precedent, Duffle⁴⁵ claims that it requires that a criminal defendant meets a two-pronged check. The defendant must demonstrate that (i) counsel's performance was deficient and (2) the deficient performance prejudiced the defense. This standard, however, was meant to be very much deferential to defense counsel. To meet the performance prong, counsel's failures must be so intense that he was not operating as the counsel guaranteed the defendant by the Sixth Amendment. To meet the prejudice point, the defendant must have been destitute of a fair trial.

In addition, it becomes clear at this point that the judge's role in securing the right to effective counsel is critical. For Capone,⁴⁶ since the right to effective assistance of counsel is directly associated to the general right of the accused to receive a fair trial, the Sixth Amendment then imposes a responsibility on a judge, insofar as he or she has the power to *make* counsel less effective through his or her actions or omissions. Therefore, this role is central for a fair trial.

A similar reflection is made by Benenr.⁴⁷ Exploring the difficulties regarding plea bargaining in America, the author defends that trial judges are in a position to diminish immediately the systemic factors that add to ineffective assistance of counsel at the plea bargaining stage. In this perspective, advice that is not based upon reasonable study is not reasonable advice. Trial judges must guarantee that the guiding hand of counsel is not merely a hand that facilitates the processing of a criminal case, protecting the defendant against unjust dispositions.

⁴⁵ Kara Duffle, *Harrinton V. Richter: AEDPA Deference and the Right to Effective Counsel*, 6 Duke J. Const. L. & Pub. Pol'y/Sidebar 54 (2011), p. 58-59.

⁴⁶ John Capone, *Facilitating Fairness: The Judge's Role in the Sixth Amendment Right to Effective Counsel*, 93 J. Crim. L. & Criminology 881 (2003), p. 912.

⁴⁷ Laurence A. Benenr, *Expanding the Right to Effective Counsel at Plea Bargaining: Opening Pandora's Box*, 27 Crim. Just. 4 (2012), p. 11.

One final question regarding the right to effective counsel is the burden of proof. According to Harvell,⁴⁸ by examining the twelve regional circuit courts, one perceives that some of the circuits have held that the burden falls on the government, while others have held that it falls on the defendant. Yet others have taken an intermediary position. In this perspective, the author⁴⁹ explains that those circuits which place the burden on the defendant do so for some reasons.

Firstly, many of the errors caused by counsel's ineffectiveness do not appear in the trial record. Therefore, it is complicated for the government to determine which witness should or could have been called, which defenses could or should have been raised, and what investigations should or could have been performed. Since it is the defendant who possesses the best access to this kind of evidence, the burden should fall to him.

Secondly, the defendant could tenaciously disturb the government's efforts in ascertaining the needed facts by claiming his privilege against self-incrimination. Third, if the burden were placed on the prosecution, it would, in effect, be penalized for something over which it had no control.

Finally, if the prosecution had the burden of proof, it would force it into a *big brother position*. The government would be forced into monitoring defense counsel's treatment of the case from beginning to end to ensure that he did not commit any prejudicial errors. Additionally, both the defendant and the defense counsel would have to be interviewed to establish why defense counsel has chosen to act in a particular manner, which would cause confusion on the adversary system.

IV. Conclusion

To conclude, it is clear that in general the American criminal procedure provides defendants with many rights that can be exercised before or during a trial procedure. Particularly, the Fourth, the Fifth and the Sixth Amendments to The United States Constitution bestow privileges to defendants that are being investigated or prosecuted by the State, which points to the conclusion that Due Process of Law is indispensable in the American legal system, and principally in the American criminal procedure. In the perspective of the Constitution, a conviction only stands if the defendant's rights are strictly observed and respected by the authorities.

⁴⁸ Marianne Harvell. *Idem*, p. 1068-1070.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 1068-1070.

Regarding the specific subjects that have been covered in this paper, the conclusions can be separated in topics:

(a) Fourth Amendment – Protection against Unreasonable Searches and Seizures:

a.1) The original understanding of the Fourth Amendment was intended to proscribe unlawful physical entries into residences. Nothing in the early commentaries indicates that the Fourth Amendment was intended to apply in other contexts. However, the modern construction of the Fourth Amendment states that it protects not only places, but people, particularly reasonable expectations of privacy. Where the Government uses a device that is not in general public use, to explore details of the home that would previously have been unknowable without physical intrusion, the surveillance is a *search* and is presumptively unreasonable without a warrant.

a.2) A police officer can search a suspect on the streets without a warrant, if the circumstances of a given case indicates that his safety or that of others is endangered. In that case, he can make a reasonable search for weapons of the person believed by him to be armed and dangerous regardless of whether he has probable cause to arrest that individual for crime or the absolute certainty that the individual is armed.

a.3) In general, Police need a warrant to search a smartphone. Nonetheless, some warrantless searches of cell phones might be permitted in an emergency: when the government's interests are so compelling that a search would be reasonable.

b) Fifth Amendment – Privilege against Self-Incrimination:

b.1) The suspect/accused/defendant is not obliged to produce evidence against himself. Under this protection, the accused is not obliged to contribute to his conviction. The State should use other instruments to prove that the accused is guilty.

b.2) Anyone that can self-incriminate is entitled to this privilege. Thus, not only prisoners, but suspects, defendants, accused, etc. Regarding the witness, he is generally not protected by the privilege against self-incrimination. However, if a witness wants to confess a crime that he has committed, he is protected by the Fifth Amendment privilege.

b.3) The Fifth Amendment privilege is available outside of criminal court proceedings and serves to protect persons in all settings in which their freedom of action is curtailed in any significant way from being compelled to incriminate themselves. The prosecution may not use statements, whether exculpatory or inculpatory, stemming from custodial interrogation of the defendant unless it demonstrates the use of procedural safeguards effective to secure the privilege against self-incrimination.

b.4) Without proper safeguards the process of in-custody interrogation of persons suspected or accused of crime contains inherently compelling pressures which work to undermine the individual's will to resist and to compel him to speak where he would otherwise do so freely. Therefore, a defendant must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that he has the right to the presence of an attorney, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires.

c) Sixth Amendment – Right to a Trial by an Impartial Jury:

c.1) The right to be tried by a jury is one of the oldest in America. Even before the earliest days of English presence in North America, colonists were guaranteed a right to jury trial.

c.2) In federal prosecutions, a defendant may demand a trial by jury and a unanimous verdict by a panel of twelve jurors. In addition, the courts cannot let discrimination in shaping the venire happen. If the defendant feels that he or she is being discriminated, the prosecution must offer race-neutral reasons for its unconditional strikes.

c.3) Before the trial commences, the trial judge, prosecutor and defense counsel may make inquiries into the views, experience and impartiality of potential jurors. If any of the parties perceives bias on the part of a juror, the juror may be dismissed either by a *challenge for cause* or by one of the parties' limited *peremptory challenges*.

c.4) In some criminal cases, media coverage or community knowledge of the facts of a case, or a circus atmosphere at the trial, or a combination thereof, may destroy conditions which allow defendants their right to trial by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed. In those cases, the defendant can ask for a change of venue.

d) Sixth Amendment – Right to Effective Counsel:

d.1) The Right to Effective Counsel is guaranteed by the Sixth Amendment. Although the amendment was adopted in 1791, it is still unclear today what privileges it bestows on an accused, what responsibilities it places on the state and federal governments, and what safeguards it provides the adversary system of justice. The Sixth Amendment, like other constitutional provisions, is still in a state of evolution.

d.2) Development of the constitutional right to assistance of counsel has focused on two major areas: (1) the right to counsel and (2) the right to effective counsel. Each principle is a distinct concept. The rationale used by the Supreme Court to extend the right to counsel in a given situation demonstrates that it demands more than the mere appointment of an attorney to fulfill this right.

d.3) After *Gideon v. Wainwright*, the Sixth Amendment's guarantee of the right to counsel extended to the states through its incorporation into the Due Process clause of the Fourteenth Amendment.

d.4) After *Strickland v. Washington*, there is a violation of the guarantee only if the (1) counsel's performance is deficient; and (2) the deficient performance have prejudiced the defense so as to deprive the defendant of a fair trial. The defendant must demonstrate that counsel's representation fell below an *objective standard of reasonableness*. To show prejudice, the defendant must show that there is a *reasonable probability* that, but for counsel's unprofessional errors, the result would have been different.

d.5) In general, Courts have ruled that is the defendant's burden to prove that his counsel was ineffective, and the Sixth Amendment was violated.

Glossary⁵⁰

Accused: a person who is believed to have committed a crime but has not yet been put on trial.

Acquittal: a final decision by the judge or the jury that the defendant is not guilty beyond a reasonable doubt of the crime charged.

⁵⁰ Drafted by the National Crime Victim Law Institute. Available in <https://www.lclark.edu/live/files/4876>. Access on December 23rd, 2019.

Bail: a deposit of money, property, or bond with the court that allows the release of a suspect or defendant from jail before or after a criminal proceeding or trial has begun. The general purpose of bail is to ensure that the suspect or defendant shows up at the next proceeding.

Bench Trial: a trial held only before a judge, without a jury, and the judge alone decides the verdict and sentence.

Conviction: a decision that defendant is guilty of committing a criminal offense beyond a reasonable doubt.

Cross Examination: the questioning, either during a hearing or trial, of a witness by a party opposed to the party that called the witness to testify.

Discovery: a process that occurs after a crime but before trial during which the prosecutor and defense exchange the evidence and information they each have about the case pursuant to express rules of criminal procedure, which govern the type of information to be exchanged and how the exchange should take place.

Exclusionary Rule: a rule that excludes from trial evidence that was obtained in violation of a person's constitutional rights.

Hearing: a formal legal proceeding before a judge addressing one or more legal issues.

Hung Jury: a jury that cannot agree on a verdict by the necessary number of votes.

Mistrial: a trial that ends before a verdict is given because of a hung jury, violation of a legal procedure, or due to serious misconduct occurring during the proceedings.

Not-Guilty: a verdict by the court or a jury at the end of a trial that the evidence presented did not show beyond a reasonable doubt that the defendant committed the crime charged.

Plea: a defendant's formal answer to charges denying or admitting guilt. Common pleas include guilty plea, not-guilty plea, *nolo contendere*, no contest plea or not guilty by reason of insanity.

Warrant: an order based upon probable cause authorizing either the arrest of a person or the search of a person or place.

References

Andrew J. Gildea, *The Right to Trial by Jury*, 26 Am. Crim. L. Rev. 1507 (1989)

Andrew J. Gildea; David J. Weiler, *Unreasonable Searches and Seizures*, 26 Am. Crim. L. Rev. 1397 (1989)

- Conrado V. Sanchez, *A Fair and Impartial Trial*, 11 Ateneo L.J. 1 (1961)
- David E. Steinberg, *The Original Understanding of Unreasonable Searches and Seizures*, 56 Fla. L. Rev. 1051 (2004)
- D. Eugene Thorne, *The Impartial Jury and the Social Sciences*, 5 J. Contemp. L. 43 (1978)
- Gabriella Di Paolo, *Judicial Investigations and Gathering of Evidence in a Digital Online Context*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 80, no. 1, 2009, pp. 201-246
- Gary Hirsch, *Criminal Procedure II: The Privilege against Self-Incrimination*, 1987 Ann. Surv. Am. L. 251 (1987)
- Jeremy A. Moseley, *The Fourth Amendment and Remote Searches: Balancing the Protection of the People with the Remote Investigation of Internet Crimes*, 19 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y 355 (2005)
- John Capone, *Facilitating Fairness: The Judge’s Role in the Sixth Amendment Right to Effective Counsel*, 93 J. Crim. L. & Criminology 881 (2003)
- Kara Duffle, *Harrinton V. Richter: AEDPA Deference and the Right to Effective Counsel*, 6 Duke J. Const. L. & Pub. Pol’y Sidebar 54 (2011)
- Laurence A. Benenr, *Expanding the Right to Effective Counsel at Plea Bargaining: Opening Pandora’s Box*, 27 Crim. Just. 4 (2012)
- Lester B. Orfield, *The Privilege against Self-Incrimination in Federal Cases*, 25 U. Pitt. L. Rev. 503 (1964)
- Marianne Harvell, *The Sixth Amendment Right to Effective Counsel: What Does It Mean Today*, 59 Neb. L. Rev. 1040 (1980)
- Mike Redmayne, *Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 27, Issue 2, Pages 209–232 (2007)
- Orin S. Kerr, *Compelled Decryption and the Privilege against Self-Incrimination*, 97 Tex. L. Rev. 767 (2019)
- Rania M. Basha, *Kyllo v. United States: The Fourth Amendment Triumphs over Technology*, 41 Brandeis L.J. 939 (2003)
- Sean D. Thueson, *Fourth Amendment Search – Fuzz Shades of Gray: The New Bright-Line Rule in Determining When the Use of Technology Constitutes a Search – Kyllo v. United States*, 121 S. Ct. 2038 (2001), 2 Wyo. L. Rev. 169 (2002)
- Stephanie M. Coughlan, *The (Im)Partial Jury: A Trial Consultant’s Role in the Venire Process*, 84 Brook. L. Rev. 671 (2019)
- Stephen Moccia, *Bits, Bytes, and Constitutional Rights: Navigating Digital Data and the Fourth Amendment*, 46 Fordham Urb. L.J. 162 (2019)

Case Law

Batson v. Kentucky, 476 U.S. 79 (1986)

Carpenter v. United States, 585 U.S. ____ (2018)

Flowers v. Mississippi, 588 U.S. ____ (2019)

Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963)

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)

Kyllo v. United States, 533 U.S. 27 (2001)

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)

Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928)

Riley v. California, 573 U.S. ____ (2014)

Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984)

Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968)



Editoração

Gráfica da UFRGS
Rua Ramiro Barcelos, 2500
Porto Alegre/RS
1511-3308-5083
grafica@ufrgs.br
www.ufrgs.br/graficaufrgs

A simples observação revela que o Direito tem a linguagem como instrumento, circunstância que evidencia uma das dificuldades do seu estudo comparativo, que é a diversidade de idiomas empregados em diferentes sistemas jurídicos. Meras traduções de termos técnicos nem sempre proporcionam a compreensão do significado de cada instituto em diferentes ordenamentos – e menos ainda da complexidade das causas de suas distinções nos respectivos sistemas, que são indissociáveis da mentalidade e da cultura de cada povo. Esse pensamento deu origem a esta publicação, que dá continuidade a projeto iniciado em 2020 – cujos primeiros resultados foram publicados no volume I deste título, em 2021 –, oferecendo oportunidade para novas reflexões sobre as relações entre o Direito brasileiro e o alemão.

Este livro – que é publicado com o apoio do Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA), projeto fomentado pelo Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD) com verba do Ministério das Relações Exteriores alemão – reúne traduções realizadas por discentes e docente da Faculdade de Direito da UFRGS de trabalhos de juristas alemães renomados, vinculados à *Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*, ao *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg* e à *Universität Wien*. A obra apresenta, ainda, artigos originais das áreas do direito privado e do comparado escritos por discentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS.

Invocando a expressão utilizada por *Reinhard Zimmermann* a propósito do desejável renovar da codificação para aplaudir a atividade da jovem academia da Faculdade de Direito da UFRGS, festejo que seja um “*canteiro de obras, e não um museu*” e que todos possam ter satisfação na leitura.

Ich wünsche Ihnen Viel Spaß beim Lesen!

Lisiane Feiten Wingert Ody

Professora Associada da Faculdade de Direito da UFRGS



978-65-00-56155-5

