



FACULDADES MILTON CAMPOS
C E F O S

ANAIS DA XV SEMANA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA: RESUMOS DOS GRUPOS DE TRABALHO

NOVA LIMA - MG
FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
2019



**ANAIS DA XV SEMANA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA:
RESUMOS DOS GRUPOS DE TRABALHO**

Nova Lima - MG
FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
2019

Aline França Campos
Beatriz Gontijo de Brito
Lucas Salles Moreira Rocha
(Organizadores)

**ANAIS DA XV SEMANA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA:
RESUMOS DOS GRUPOS DE TRABALHO**

Realização em Nova Lima, 20 a 23 de novembro de 2018
na Faculdade de Direito Milton Campos.

Nova Lima - MG
FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
2019

ISBN 978-85-93564-15-4

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons (CC) - 2019
Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, copiada e distribuída, desde que citada a fonte,
bem como a autoria dos artigos, sendo vedado o seu uso para fins comerciais ou a criação de obras
derivadas.

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

Diretora – Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra

Vice-Diretor – Prof. Ms. Paulo Tadeu Righetti Barcelos

Coordenação Geral – Prof. Dr. Felipe Quintella Machado de Carvalho

Coordenação do Núcleo de Pesquisa e Estudos Avançados (NPEA) – Profa. Dra. Aline França Campos

Comitê Científico:

Profa. Dra. Aline França Campos

Profa. Ma. Beatriz Gontijo de Brito

Prof. Ms. Lucas Salles Moreira Rocha

Catálogo na publicação:

Tissiane Torres Vieira – CRB6-2839

Anais da XV Semana de Iniciação Científica: resumos dos grupos de trabalho [livro eletrônico]. /
Aline França Campos; Beatriz Gontijo de Brito; Lucas Salles Moreira Rocha (Organizadores). – Nova
Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2019.

136 p; 21 cm x 29,7 cm

ISBN 978-85-93564-15-4 (e-book)

Evento realizado em Nova Lima, de 20 a 23 de novembro de 2018.

1. Direito – Estudo e ensino. 2. Pesquisa - Iniciação científica – Brasil. 3. Encontro – 15ª Semana de
Iniciação Científica – XV SIC. I. CAMPOS, Aline França. II. BRITO, Beatriz Gontijo de. III. ROCHA,
Lucas Salles Moreira. IV. Faculdade de Direito Milton Campos. V. Título.

CDU 340



NÚCLEO DE PESQUISA E ESTUDOS AVANÇADOS

NOVA LIMA – MINAS GERAIS

www.mcampos.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO7

A NOVA SISTEMÁTICA PARA CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL9

Lucas Moraes Assumpção

DO OBJETO AO SUJEITO: A TEORIA BIOCÊNTRICA E A ATRIBUIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA AO MEIO AMBIENTE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS.....15

Gabriel Silqueira Passarini de Resende

TOMADA DE DECISÃO APOIADA: ANÁLISE CRÍTICA21

Marcela Ribeiro Soares

O CONCEPTURO E O NASCITURO NO DIREITO DAS SUCESSÕES: POSSÍVEIS EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA EXISTÊNCIA28

Fabício Manoel Oliveira

Rodrigo Coelho dos Santos

Orientador: Felipe Quintella Machado de Carvalho

A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS BENS DEIXADOS PELO TESTADOR DIRETAMENTE EM FAVOR DO CONCEPTURO DURANTE O PERÍODO EM QUE AINDA NÃO OCORREU SEU NASCIMENTO.....34

Fabício Manoel Oliveira

Rodrigo Coelho dos Santos

Orientador: Felipe Quintella Machado de Carvalho

A DISPOSIÇÃO PURA A FAVOR DO CONCEPTURO NA LEGISLAÇÃO CIVIL PORTUGUESA: ANÁLISE DOS CÓDIGOS CIVIS PORTUGUESES DE 1867 E 196740

Fabício Manoel Oliveira

Rodrigo Coelho dos Santos

Orientador: Felipe Quintella Machado de Carvalho

**SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA DIRETA EM FAVOR DO CONCEPTURO:
ESTUDOS COMPARATIVOS ENTRE A LEGISLAÇÃO CIVIL BRASILEIRA E
ARGENTINA45**

Fabício Manoel Oliveira

Rodrigo Coelho dos Santos

Orientador: Felipe Quintella Machado de Carvalho

**O FIDEICOMISSO COMO FORMA DE RESGUARDAR DIREITOS DO
CONCEPTURO NA LEGISLAÇÃO CIVIL BRASILEIRA E PORTUGUESA ...52**

Fabício Manoel Oliveira

Rodrigo Coelho dos Santos

Orientador: Felipe Quintella Machado de Carvalho

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DO CASO *MASTERPIECE
CAKESHOP LTD v. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION*58**

Alice Muzzi Lamounier Araujo

Raphael Rangel de Castro Faria

**FORMA DE PARTILHA DOS BENS NA HIPÓTESE DE DESIGNAÇÃO
TESTAMENTÁRIA PURA EM FAVOR DO CONCEPTURO.....64**

Ariele Gomes Mendonça

Fabício Manoel Oliveira

Orientador: Felipe Quintella Machado de Carvalho

**AS INCONGRUÊNCIAS ACERCA DAS INCAPACIDADES NO
ORDENAMENTO JURÍDO BRASILEIRO70**

Danielle Giacomelli de Almeida

**O CONCEPTURO COMO FIGURA ESQUECIDA PELA DOUTRINA
MANUALESCA MODERNA74**

Marcela Simão Pires

Victória Venancio Silva

O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF79

Adimardo Peixoto de Figueiredo

Bruno Ramos Santana

Felipe Quintella Machado de Carvalho

Júlia Duarte Gomes Arantes

Michael Victor da Silva

Pedro Henrique Alves Tavares Araújo

Ruan Dias Rodrigues

**A TEORIA DA IMPREVISÃO COMO UMA FORMA DE MITIGAÇÃO DO
PACTA SUNT SERVANDA88**

Adimardo Peixoto de Figueiredo

Ruan Dias Rodrigues

**USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL E LIMITES LEGAIS DIMENSIONAIS:
DURA LEX SED LEX.....93**

Danielle Camile Oliveira Fonseca

Marcos Hilário Rodrigues Moutinho

Orientadora: Aline França Campos

**A RATIO DECIDENDI EM MASTERPIECE CAKESHOP v. COLORADO
CIVIL RIGHTS COMMISSION: FORMAÇÃO E PERSPECTIVAS102**

Rodrigo Barbosa Chaves Pôssas

Luísa Cunha Machado

**O EFEITO INTERRUPTIVO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: O
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A NECESSÁRIA REVISÃO DA
DECISÃO PARADIGMA DO RECURSO ESPECIAL N. 330-090 – RS.....109**

Marcos Hilário Rodrigues Moutinho

Ana Clara Amaral

Orientador: Guilherme Costa Leroy

USUFRUTO EM PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS: ASPECTOS SOCIETÁRIOS, PATRIMONIAIS E TRIBUTÁRIOS116

Deyvid Correa da Silva

Eduardo Arrieiro Elias

RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA PERANTE TERCEIROS.....121

Deyvid Correa da Silva

SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL126

Raphael Guerra

Orientadora: Ana Paula Araújo Ribeiro Diniz

A RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPRESÁRIO NOS CRIMES DE OMISSÃO131

Letícia Demétria Pinheiro Utsch



APRESENTAÇÃO

Tenho a alegria de apresentar a compilação dos resumos expandidos apresentados na XV Semana de Iniciação Científica da Faculdade de Direito Milton Campos, realizada em novembro de 2018.

Em 2016, tive a honra de participar da primeira edição do evento em que houve a organização de grupos de trabalho e apresentação de resumos expandidos. Àquela época, participei como coordenador de GT, como orientador de grupo de estudos, e como incentivador e orientador de alguns dos trabalhos, da Faculdade e de fora.

Em 2017 e 2018, a felicidade foi ainda maior, por ter participado não apenas como coordenador de GT, orientador de grupo de estudos e incentivador de trabalhos, mas por estar no exercício da Coordenação do Curso de Graduação em Direito da nossa querida Milton Campos.

Sinto-me autorizado, pois, a afirmar que a Semana de Iniciação Científica constitui, sem dúvida, um dos pontos altos do ano acadêmico, um momento de êxtase para todos os envolvidos. É indescritível a sensação de ver o envolvimento e a dedicação daqueles que apresentam seus trabalhos, dentre os quais alunos tanto do início, quanto do meio, quanto do fim do curso, e também egressos.

O resultado o próprio leitor perceberá na leitura do material que ora se apresenta. A XV SIC foi organizada pelo Núcleo de Pesquisa e Estudos Avançados, composto por Grupos de Pesquisa cadastrados no CNPq, liderados por professores doutores, bem como por Oficinas de Estudos Avançados nas mais diversas áreas. O órgão de pesquisa da Faculdade é coordenado, desde agosto de 2018, pela Prof^a Dr^a Aline França Campos, por ocasião da saída da Prof^a Dr^a Mariana Alves Lara, que exerceu o cargo no primeiro semestre de 2018.

Os trabalhos realizados nos últimos tempos revelam-se notadamente estimulantes, porquanto instigam entre os jovens estudantes o gosto pela pesquisa, propiciam um espaço de interação tanto entre membros da comunidade acadêmica da Milton Campos quanto com interessados de outras instituições de ensino, e, sobretudo, pelos resultados tão profícuos que são alcançados.

Em uma palavra, *orgulho* define.



Anais da XV Semana de Iniciação Científica: resumos dos grupos de trabalho
Nova Lima, 20 a 23 de novembro de 2018.

E que venha a XVI SIC.

Prof. Dr. Felipe Quintella Machado de Carvalho
Coordenador Didático-pedagógico da
Faculdade de Direito Milton Campos

A NOVA SISTEMÁTICA PARA CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL

Lucas Moraes Assumpção¹

1 Introdução

A prescrição caracteriza-se pela perda da faculdade de exigir-se a satisfação de um direito, em razão da inércia de seu titular, que não toma as medidas necessárias para a satisfação do crédito durante determinado lapso temporal. Em se tratando de crédito tributário, o fisco tem 5 (cinco) anos, a contar da constituição definitiva, para ajuizar a respectiva execução fiscal, sob pena de consumação da prescrição, que só se interrompe com o despacho que ordena a citação do devedor (art. 8º, §2º da Lei 6.830/80):

Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:

(...)

§ 2º - O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição. (BRASIL, 1980).

À vista dessa constatação, tendo havido o despacho citatório, surge o instituto da prescrição intercorrente, que se caracteriza pela perda da pretensão do fisco, durante o curso da relação processual, vinculado ao desleixo, negligência ou inércia da Administração em obter meios de satisfazer seu pedido, seja pela não localização do devedor ou não localização de bens penhoráveis.

Neste contexto, o presente estudo visa discorrer a respeito da recente sistemática adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, para a contagem do prazo prescricional intercorrente no âmbito das execuções fiscais, julgada no recurso especial nº 1340553/RS.

¹ lucas.massumpcao@gmail.com, bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.

2 Resultados e discussão

À luz do princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição da República, cujo objetivo é garantir a não eternização do processo, buscou-se, na esfera das execuções fiscais, positivar instrumentos capazes de compelir o fisco a não se manter inerte e assegurar o regular andamento do processo.

Nesta linha de raciocínio, como forma de extinção do crédito tributário, temos a chamada prescrição intercorrente, prevista no art. 40, §4º da Lei nº 6.830/80:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato (BRASIL, 1980).

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (1998, p. 699):

A prescrição intercorrente é admitida pela doutrina e pela jurisprudência, surgindo após a propositura da ação. Dá-se quando, suspensa ou interrompida a exigibilidade, o processo administrativo ou judicial fica paralisado por incúria da Fazenda Pública.

Note-se que o espírito da lei é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

Importante ressaltar que, a Lei de Execuções Fiscais não cuidou de estabelecer o prazo prescricional em si, fazendo apenas referência ao início da sua contagem. Contudo o prazo prescricional a que o parágrafo quarto faz alusão, é o prazo quinquenal previsto no artigo 174, caput do Código Tributário Nacional:



Art. 174. Ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva (BRASIL, 1966).

Dessa forma, ajuizada a execução, deve a Fazenda Pública buscar meios eficazes de citar o executado ou encontrar bens passíveis de expropriação. A não localização do devedor ou de bens penhoráveis, suspende o processo pelo prazo máximo de um ano, findo qual, será determinado o arquivamento provisório do feito, começando a fluir o prazo prescricional.

Esse o teor da Súmula n. 314 do Superior Tribunal de Justiça: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente" (BRASIL, 2018, p. 1).

Entretanto há muito se discute qual é o termo inicial para a contagem do prazo prescricional. Da leitura do mencionado dispositivo é possível presumir que o prazo de um ano de suspensão, só começará a fluir a partir do despacho que ordena a suspensão. Em verdade, mesmo que não haja decisão em tal sentido, haverá o início da contagem do prazo, isto porque, o termo inicial se dá automaticamente a partir da ciência da Fazenda a respeito da não localização do devedor ou a inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido. Portanto é indiferente o peticionamento do fisco requerendo a suspensão do feito.

Neste sentido, Superior Tribunal de Justiça no julgamento Recurso Especial nº 1340553, publicado em 16/10/2018, julgado sob a égide do art. 1.036 do Código de Processo Civil, pacificou o tema. Vejamos:

Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal.

(...)

Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF (BRASIL, 2015).

Nesta seara, transcorrido 1 (um) ano da suspensão da marcha processual, será determinado o arquivamento provisório do processo, sem baixa no registro de

distribuição, mantido a todo tempo com a vista aberta à Fazenda, a fim de que continue a realizar diligências capazes de localizar o executado ou seus bens.

O transcurso do prazo suspensivo dá início à contagem do lapso prescricional de 5 (cinco) anos. Infere-se assim que o exequente possui um prazo total de 6 (seis) anos para encontrar o devedor ou referidos bens.

Há quem sustente que a ausência de intimação da Fazenda do despacho que determina a suspensão da execução fiscal (art. 40, §1º da LEF), ou do despacho de arquivamento do feito após o transcurso do prazo de 1 (um) ano da suspensão (art. 40, §2º da LEF), afastaria a incidência da prescrição. Entretanto, por não trazer prejuízo, a falta de intimação não acarreta nenhuma nulidade processual, tendo em vista que a qualquer momento a Fazenda poderia alegar causas suspensivas ou interruptivas da prescrição.

Evita-se assim a imprescritibilidade do crédito tributário. Não cabendo ao judiciário e nem à Procuradoria da Fazenda Pública o poder de escolha do melhor momento para o início do prazo prescricional.

Cabe, neste passo, uma breve anotação, as diligências realizadas pela Fazenda Pública, que não são capazes de encontrar bens passíveis de penhora, são consideradas infrutíferas, portanto não interrompem ou suspendem o fluxo prescricional. Apenas através da expropriação de bens passíveis a saldar o débito por meio da penhora é que o prazo se interrompe.

Em apertada síntese, após a ciência da Fazenda Pública da não localização do devedor ou de bens passíveis a penhora, suspende automaticamente o feito pelo prazo de 1 (um) ano, iniciando logo em seguida o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, que só será interrompido com efetiva citação ou efetiva constrição patrimonial.

Logo, passados 6 (seis) anos de desídia do fisco, deverá o magistrado decretar de ofício a prescrição intercorrente, todavia se faz necessário a oitiva da Fazenda Pública antes da decisão judicial. Isto porque, deve ser dado a ela, a oportunidade de demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição ou ainda que a demora se deu exclusivamente por culpa do aparelho judiciário.

Vale ressaltar que, no último caso, não poderá ser decretada a prescrição intercorrente, uma vez que a inércia não pode ser imputada à Fazenda, conforme recurso



especial representativo de controvérsia, nº 1102431 do Superior Tribunal de Justiça.
Vejam os:

A perda da pretensão executiva tributária pelo decurso de tempo é consequência da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário (BRASIL, 2010, p. 1).

3 Conclusão

Da primeira intimação feita à Fazenda Pública da não localização do devedor ou da não localização de bens passíveis de penhora no endereço indicado na inicial, tem-se o primeiro termo inicial e que findará após 1 (um) ano de suspensão do feito. Durante esse tempo a execução ficará suspensa, com vista aberta a todo tempo para a Fazenda.

Transcorrido 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o segundo termo inicial, o prazo prescricional quinquenal dos créditos tributários, ao fim estará prescrito o crédito fiscal.

Desta forma, se o crédito fiscal em cobrança for crédito tributário, tem-se um prazo de 6 (seis) anos contados da constatação da falta de localização do devedor ou de bens penhoráveis. Dentro desse prazo deve o fisco dar regular andamento ao feito requerendo providências como a citação por edital ou a penhora de bens passíveis de saldar o débito, sob pena de ceder lugar para a prescrição intercorrente.

Referências

BRASIL. **Lei de Execução Fiscal**: lei n. 6.830 de 22 de setembro de 1980. Brasília: Presidência da República, 1980.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Brasília: Presidência da República, 2015.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**: lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966. Brasília: Presidência da República, 1966.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1340553/RS. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Djalma Gelson Luiz ME – MICROEMPRESA. Relator:



Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 16/10/2018. Disponível em <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201691933&dt_publicacao=16/10/2018 > Acesso em: 23/10/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.102.431/RJ. Recorrente: Augusto Varella Corsino. Recorrido: Município de Paty do Alferes. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 01/02/2010. Disponível em <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802558208&dt_publicacao=01/02/2010> Acesso em: 23/10/2018.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. V. 3.

DO OBJETO AO SUJEITO: A TEORIA BIOCÊNTRICA E A ATRIBUIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA AO MEIO AMBIENTE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

Gabriel Silqueira Passarini de Resende¹

1 Introdução

As mais diversas sociedades contemporâneas já constataram que a contínua concentração material antes tida como progresso é, na realidade, um grande óbice à resiliência e preservação do meio ambiente, no qual o ser humano está intrinsecamente inserido.

O temor daqueles que verificam as atrozidades modificações ambientais havidas nas últimas décadas é crescente, ante à constatação de que os limites da vida estão severamente ameaçados pela visão antropocêntrica do progresso, essencialmente assoladora e até imperante nos ordenamentos jurídicos existentes (ACOSTA, 2016).

É nesta senda de ideias que se tem vislumbrado e expandido a perspectiva do biocentrismo, pela qual a vida é defendida como um valor em si mesmo.

Neste ponto inserem-se os direitos da natureza, vez que por meio destes tem-se que tanto a vida humana quanto a não humana são um valor *per se*, ideia esta que flagrantemente promove a defesa supramencionada (GUDYNAS, 2011).

É com fito na Teoria Biocêntrica que hoje se verifica o meio ambiente enquanto um sujeito de direitos, não mais como objeto, meramente disponível à apropriação e fruição humana. Fala-se, pois, em valores intrínsecos do meio ambiente², os quais podem ser melhor resguardados e garantidos mediante a atribuição de personalidade jurídica a este.

¹ Graduando em Direito, pesquisador autônomo, estudante das Faculdades Milton Campos, 7º período, e-mail: gsilqueira1@gmail.com

² Eduardo Gudynas preleciona que “*El reconocimiento de los derechos de la Naturaleza/Pachamama implica que ésta posee valores que le son propios, independientes de las valoraciones que le adjudican las personas. Ese reconocimiento hace que el ambiente deje de ser un objeto (o un conjunto de objetos), que sirve como medio para fines humanos, y para volverse un sujeto*” (GUDYNAS, 2011, p. 245).

Tal concepção não consiste em devaneio acadêmico ou ideológico, embora seja alvo de diversas críticas, mas sim de uma perspectiva considerada como promissora e já viabilizada mediante políticas legislativas em países como o Bolívia e Equador, que, a seu modo, já reconheceram o meio ambiente como um sujeito de direitos.

Conforme bem elucidado por Tozzi (2017):

O instituto da personalidade jurídica dos bens ambientais enquanto mecanismo de proteção dos ecossistemas é ainda uma área de desenvolvimento no direito, embora a ideia de conceder direitos ao ambiente não seja nova. Existem vários precedentes nos quais esta iniciativa se baseia, tais como Equador, Bolívia e Nova Zelândia. Outros, como a Índia, buscam implementar lei buscando o reconhecimento legal de bens naturais [...]

A percepção do meio ambiente enquanto sujeito em diversos ordenamentos jurídicos, ainda que inovadora e, em primeira análise, estranha, é de fundamental relevância para o posicionamento do homem ante às situações biológicas e ecológicas que se avizinham.

2 A dinâmica biocêntrica nos ordenamentos jurídicos estrangeiros

Em que pese o fato de o Brasil ainda adotar a perspectiva antropocêntrica em face do meio ambiente, na forma do artigo 225 da Constituição da República Federativa de 1988³, existem ordenamentos jurídicos que, conduzidos e influenciados por uma visão biocêntrica, atribuíram personalidade jurídica à natureza.

A exemplo de países que reconheceram o meio ambiente como sujeito de direitos, tem-se a Bolívia e o Equador, os quais, mediante as devidas alterações legislativas, revolucionaram o tratamento garantido à natureza, devendo ser considerados verdadeiros baluartes.

³ Dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no capítulo VI do Título VIII, destinado à tutela específica do meio ambiente, mais especificamente em seu artigo 225, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo”, o que, por si só, já revela a visão antropocêntrica do magno legislador, pela qual o meio ambiente é visto como mero objeto, apto à apropriação pelo homem (BRASIL, 1988).

Na hipótese Boliviana, a *Constitución Política del Estado* previu, em seu capítulo cinco, referente aos direitos sociais e econômicos, uma seção destinada especificamente ao meio ambiente.

A inovação boliviana, porém, encontra-se na esfera infraconstitucional, pela qual se fala em *Madre Tierra* (ou Mãe Terra, no vernáculo português), um sistema vivo e dinâmico composto pela comunidade indivisível de todos os sistemas de vida e dos seres vivos inter-relacionados, interdependentes e complementadores, os quais compartilham de um destino em comum, nos termos do *Artículo 3* da *Ley de Derechos de La Madre Tierra (Ley nº 071)*, promulgada no ano de 2010.

Mediante a referida lei, foi reconhecida na Bolívia, por força do *Artículo 5*, o caráter jurídico da Mãe Terra como um sujeito coletivo de interesse público, o que seria, no ordenamento jurídico brasileiro, atribuir personalidade jurídica ao meio ambiente, ou, mais especificamente, aos bens ambientais.⁴

Insta salientar que, ainda nos termos do referido diploma normativo, foram positivados direitos de fulcral relevância à Mãe Terra, com espeque em seu *Artículo 7*. Neste sentido, Rodrigo Tozzi (2017), interpreta que:

O art. 7 desta Lei elenca quais os direitos da Mãe Terra: à vida, à diversidade da vida, à água (que é o direito de preservar a funcionalidade do ciclo da água), ao ar puro, ao equilíbrio, à restauração e a ser livre de contaminação (o que é o direito à preservação de contaminação da Mãe Terra de qualquer um dos componentes e resíduos tóxicos e radioativos gerados pelas atividades humanas).

A perspectiva equatoriana, por sua vez, deve ser vislumbrada como a de maior relevância à temática da atribuição de personalidade jurídica ao meio ambiente, haja vista que a *Constitución Del Ecuador*, promulgada no ano de 2008, foi o primeiro texto legislativo a reconhecer, de forma expressa, o meio ambiente enquanto um sujeito de direitos.

⁴ Na concepção do douto Álvaro Mirra, o meio ambiente é um conjunto de relações e interações condicionante de toda a vida, sendo, portanto, um bem essencialmente incorpóreo e imaterial, mas composto de elementos corpóreos, como espécimes da fauna e flora, e incorpóreos, como o ar, que gozam de existência autônoma e que são exemplos de bens ambientais (MIRRA, 2004 apud MIRRA, 2016, p. 13-15; GOULART, 2013, p. 240-241).

A dinâmica biocêntrica, que reconhece o valor intrínseco do meio ambiente, foi claramente exposta no próprio preâmbulo do diploma constitucional equatoriano, na medida em que este celebrou “*a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia*” (ECUADOR, 2008).

A Constituição do Equador inovou ao prever, em seu artigo 10, que a natureza, ou *Pacha Mama*, seria sujeito daqueles direitos constitucionalmente reconhecidos a ela, os quais, por sua vez, foram positivados essencialmente no capítulo sétimo, composto pelo artigo 71 e seguintes, estando previsto, a título de exemplo, o respeito integral à sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos.

Apesar da vitória legislativa e a consequente atribuição de personalidade jurídica ao meio ambiente, tal jornada não foi simples. Conforme aludido por Alberto Acosta (2016, p.122),

A discussão no seio da Assembleia Constituinte, em Montecristi, foi complexa. Vários deputados – inclusive membros da base do governo, que era majoritária, e quadros do primeiro escalão governamental – se opuseram a aceitar os Direitos da Natureza.

Analisados ambos os ordenamentos de maior relevância para a temática, é importante evidenciar, porém, que a Constituição boliviana, aprovada em 2009, não oferece o mesmo biocentrismo que a Constituição equatoriana, vez que aquela outorgou um posto importante à Mãe Terra, mas ficou presa às ideias clássicas do progresso, baseadas na apropriação da natureza ao defender a industrialização dos recursos naturais (ACOSTA, 2016, p. 28).

Insta salientar que em outros países, apesar de não haverem movimentos e alterações constitucionais com o desígnio de atribuir a personalidade jurídica ao meio ambiente, muito tem sido feito para garantir o reconhecimento de Parques e Rios como sujeitos de direitos, a exemplo da Nova Zelândia que, mediante acordos entre o governo e grupos maori, concedeu personalidade jurídica ao Parque Nacional de Te Urewera e ao Rio Whanganui. Na Índia, em mesmo sentido, se busca reconhecer os direitos da bacia do Rio Ganges (TOZZI, 2017).



3 Conclusão

É cediço e evidente que a superação da visão antropocêntrica acerca do meio ambiente encontra-se ainda distante em diversos ordenamentos jurídicos, haja vista o sistema materialista e mecanicista globalmente desenvolvido ao longo dos últimos séculos, no qual a natureza foi alocada como mero instrumento de satisfação das vontades do homem.

Ainda assim, diante da contínua disseminação da Teoria Biocêntrica, pela qual a natureza é reconhecida como em valor em si mesmo, alguns países já visionaram a necessidade de conceder direitos à natureza, o que, na visão de Alberto Acosta (2016, p. 124), significa “incentivar politicamente sua passagem de objeto a sujeito, como parte de um processo centenário de ampliação dos sujeitos de direito”.

A jornada para se conceber o meio ambiente como sujeito de direitos é longa, mas os primeiros passos já foram dados por aqueles que foram capazes de ver além do que a mera apreensão sensorial permite perceber, a exemplo dos legisladores do Estado Plurinacional da Bolívia e da República do Equador.

Referências

ACOSTA, Alberto. **O Bem Viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Autonomia Literaria, Elefante, 2016.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado**. 2009. Asamblea Constituyente. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acessado em: 31 de outubro de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

ECUADOR. **Constitución Del Ecuador**. 2008. Asamblea Constituyente. Disponível em: <https://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acessado em: 31 de outubro de 2018.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.



GUDYNAS, Eduardo. Los derechos de la Naturaleza en serio Respuestas y aportes desde la ecología política In: ACOSTA, Alberto (Org.); MARTÍNEZ, Esperanza (Org.). **La natureza con Derechos De la filosofia a la política**. Quito-Ecuador: Abya-Yala, 2011.

LEY de Derechos de la Madre Tierra. Ley 071. 2010. Disponível em: <<https://bolivia.infoleyes.com/norma/2689/ley-de-derechos-de-la-madre-tierra-071>>. Acessado em: 30 de outubro de 2018.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MIRRA, Álvaro. Os regimes jurídicos do meio ambiente e dos bens ambientais no Brasil. **Consultor Jurídico (CONJUR)**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-18/regimes-juridicos-meio-ambiente-bens-ambientais-brasil#_edn3>. Acesso em: 24 de outubro de 2018.

TOZZI, Rodrigo Henrique Branquinho Barboza. Eu sou o rio, o rio sou eu: a atribuição de personalidade jurídica aos bens naturais ambientais. **Lex Magister Editora**. 2017. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_27613750_EU_SOU_O_RIO_O_RIO_SOU_EU_A_ATRIBUICAO_DE_PERSONALIDADE_JURIDICA_AOS_BENS_NATURALS_AMBIENTAIS.aspx>. Acessado em: 30 de outubro de 2018.

TOMADA DE DECISÃO APOIADA: ANÁLISE CRÍTICA

Marcela Ribeiro Soares¹

1 Introdução

É incontestável a variedade de reflexos trazidos em razão da ratificação, por meio do Decreto Legislativo nº 186 de 9 de julho de 2008, pelo Congresso Nacional, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) (BRASIL, 2009) e seu Protocolo Facultativo², bem como de sua posterior regulamentação pela Lei 13.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - publicada em 07 de julho de 2015, com *vacatio legis* de 180 dias. A entrada em vigor do diploma supracitado propiciou múltiplas inovações normativas que resultaram em alterações substanciais em diversas áreas do direito, em especial no Direito Civil, sobretudo no Código Civil Brasileiro de 2002, o qual sofreu impactos consideráveis em sua teoria das capacidades.

Houve, com o advento do EPD³, uma mudança no parâmetro legislativo atual para regular os direitos da pessoa com deficiência, pautado no reconhecimento da autonomia e da capacidade das mesmas, com destaque a uma abordagem social marcada pelo abandono à compreensão da deficiência como aspecto intrínseco à pessoa, a fim de entendê-la como uma barreira duradoura que se agrava pela interação dos impedimentos naturais em face de empecilhos sociais, institucionais e ambientais (MENEZES, 2015). Um grande avanço, tendo em vista que excluiu do ordenamento jurídico a ligação entre transtorno e deficiência mental, como critério, *per si*, de incapacidade (SOUZA, 2016).

Logo, nesse contexto de inovação quanto à assimilação do conceito de deficiência, definida pela Convenção como “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras,

¹ Acadêmica de Direito da Faculdade Milton Campos. marcelaribeiro.odonto@gmail.com.

² A dita convenção tem *status* de norma constitucional, uma vez que sua aprovação se deu nos termos do artigo 5º, §3º da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1990).

³ Ficou conhecida como Estatuto da Pessoa com deficiência (EPD) a Lei 13.146/15.

pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2015), promoveu-se uma verdadeira mudança na tutela jurídica das pessoas deficientes, de forma a criar um novo marco de compreensão consoante àquelas, visando à igualdade no exercício da capacidade jurídica, e tendo como consequência, a possibilidade de fomentar a inclusão social, bem como minimizar ações discriminatórias.

Ademais, frente a essa nova concepção de reconhecimento da autonomia da pessoa com deficiência para exercer direitos fundamentais, atribuindo-lhe capacidade civil plena, e, garantindo, dessa maneira, consoante o artigo 1º da CDPD “participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condição com as demais pessoas” (BRASIL, 2015), destaca-se a alteração do art. 3 do Código Civil 2002, o qual, revogado em sua maior parte, passou a dispor em seu caput tão somente os menores de 16 (dezesseis) anos como absolutamente incapazes.

Enquanto o art. 4 do referido diploma enquadrava como relativamente incapazes “os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos”, “os ébrios habituais e os viciados em tóxico”, “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” e por fim “os pródigos” (BRASIL, 2014). Deste modo, vislumbra-se que as pessoas “que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil” (BRASIL, 2015) deixaram de ser considerados absolutamente incapazes, e as “que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” (BRASIL, 2015) foram excluídas do rol dos relativamente incapazes. Outrossim, cumpre ressaltar “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade” (BRASIL, 2015) passaram a qualidade de relativamente incapazes.

Trata-se de modificação profunda no sistema de proteção que coloca fora da proteção abarcada pelo sistema de incapacidades, os que antes contavam com tratamento diferenciado sob o fundamento de não se apresentarem em condições de igualdade para atos jurídicos, e, dessa maneira, passam a não mais se encontrar em posição peculiar de vulnerabilidade, sendo submetidos, assim, aos mesmos moldes de atuação jurídica dos outros sujeitos de direito (LARA; PEREIRA, 2016).

Nos dizeres de Tartuce (2015), uma primeira corrente, chamada da dignidade-vulnerabilidade⁴ atribui às modificações do Estatuto um caráter negativo sob o fundamento que a dignidade das pessoas com deficiência melhor seria resguardada por meio de sua proteção enquanto vulneráveis, ou seja, conforme era antes. Enquanto uma segunda, da dignidade-liberdade⁵, defende as alterações introduzidas, uma vez que traz a tona o maior reconhecimento das liberdades fundamentais.

É nesse cenário histórico de profundas inovações estruturais e funcionais na teoria das incapacidades que se passa a análise do novo instituto implementado com a finalidade de atender às novas necessidades das pessoas com algum tipo de deficiência e que, no entanto, gozam de plena capacidade de fato civil - a Tomada de Decisão Apoiada. O tema do presente estudo possui notória relevância social e jurídica, uma vez que tal instituto traz profundas modificações na lógica protetiva, inaugurando um novo paradigma que implica em consideráveis consequências em toda teoria do negócio jurídico, na responsabilidade civil, bem como no direito eleitoral pertinente a suspensão dos direitos políticos, entre outras.

2 A tomada de decisão apoiada (TDA) e algumas de suas repercussões

No nosso ordenamento o artigo 1.783-A instituiu a TDA⁶ como instrumento de auxílio e apoio que, sem qualquer precedente ou similitude com outro já existente no ordenamento jurídico brasileiro, foi criada em razão da orientação geral da Convenção de Nova Iorque (ROSENVALD, 2018b). Todavia, em que pese seja instrumento apto a propiciar a efetividade dos direitos outorgados às pessoas com deficiência, tal instituto se apresenta com inúmeras incertezas no que tange sua aplicabilidade, de maneira que é primordial um estudo detalhado a cerca de suas particularidades.

⁴ Defendida por José Fernando Simão e Vitor Kümpel

⁵ À qual estão filiados Joyceane Bezerra, Paulo Lobo, Nelson Rosenvald, Jones Figueirêdo Alves, Rodrigo da Cunha Pereira e Pablo Stolze.

⁶ Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade (BRASIL, 2002).

Inicia-se análise primeiramente no tocante ao processo⁷ para desencadear a TDA. Nos termos do § 3º do art. 1.783-A, “antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio” (BRASIL, 2015). Assim de uma reflexão acerca de tal dispositivo, infere-se um descompasso entre o procedimento/meio a ser alcançado a TDA, uma vez que tal instituto trata-se, tão somente de um apoio, sendo a capacidade de fato do apoiado preservada em sua totalidade.

Logo a necessidade de instauração de um processo judicial, assistido por equipe multidisciplinar, seguido de oitiva do Ministério Público, mostra-se contraditório com a finalidade apresentada por tal inovação, ou seja, um modelo que não restringe a capacidade do apoiado, e que reforça a autonomia deste. Desse modo, há cristalina contradição quanto à necessidade de se demandar o judiciário para se alcançar apoio, tendo em vista que a TDA tem como proposta ser uma figura mais elástica dentro do sistema de proteção, o qual em sua essência deveria ser simples e, porque não dizer informal, de maneira a propiciar rápido auxílio ao beneficiário que o busca, resguardando sua liberdade de autodeterminação, e dessa forma, mantendo o binômio meio-finalidade coerente com o ideal programático proposto.

Outro desafio se refere à aplicabilidade da responsabilidade civil quanto aos apoiadores, como delimitar a responsabilidade daquele que é um coadjuvante, responsável por reforçar a autonomia do apoiado? Uma vez que o código não delimitou de forma expressa tal temática, já existem discussões quanto às regras aplicáveis, assevera Nelson Rosenvald que tal desafio é em face de tratar-se de categoria jurídica inédita no direito brasileiro, sem qualquer equivalência nos tradicionais institutos da representação legal, judicial ou mesmo convencional, e assim, para este doutrinador de excelência, a solução para os questionamentos supracitados encontra-se no modelo jurídico das relações fiduciárias (ROSENVALD, 2018a). Enquanto para Menezes (2015), a solução encontra-se nas regras gerais de reparação do dano.

⁷ Art. 1783-A, § 2 O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo (BRASIL, 2015).

Por fim, outro ponto de questionamento pertinente a TDA surge em prol da influência positiva, com advento do Estatuto, da participação das pessoas com deficiência na vida pública e política do país. A nova possibilidade conferida à pessoa portadora de deficiência de buscar um apoio/auxílio no momento da votação por pessoa de sua escolha entra em conflito com o disposto no artigo 60, § 4º, II da Constituição Federal⁸, o qual elenca como cláusula pétrea o voto secreto.

3 Conclusão

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, houve uma verdadeira transformação na tutela jurídica destas, marcada por um viés emancipatório, inclusivo e garantidor de direitos civis, de maneira a fomentar a inclusão social e minimizar ações discriminatórias. Nesse contexto foi instituída a tomada de decisão apoiada, significativa inovação no modelo protetivo do ordenamento jurídico brasileiro, adotada a fim de determinar um mecanismo jurídico que possibilitasse ao Brasil o acompanhamento das concepções modernas, pautada pelo rompimento do paradigma da incapacidade civil da pessoa com deficiência, posto a superação do modelo meramente biológico. Contudo, há existência de lacunas no que tange a regulamentação de tal instituto, o que junto à inovação, implicará em empecilhos no tocante à operacionalidade prática deste instrumento.

Logo, vislumbra-se que grandes serão os desafios impostos para os aplicadores e intérpretes do Direito Privado tendo em vista as diversas inovações impetradas, bem como a escassez da jurisprudência. Dessa maneira, discussões e estudos aprofundados serão medidas imprescindíveis para solucionar eventuais barreiras imposta a interpretação, bem como aplicação desta.

⁸ Art. 60 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
II - o voto direto, secreto, universal e periódico (BRASIL, 1990).



Referências

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1998. Organização do texto: Juarez de oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 1990. 169 p. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. Decreto Nº 6.949, de 25 de Agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 de ago. 2009, p. 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm> Acesso em: 01 set. 2018.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406/02, de 10 de Janeiro de 2002. Coordenador Darlan Barroso. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2014.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>: Acesso em 12 de junho de 2018.

LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção? *In*: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan/jun., 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>> Acesso em 02 de novembro de 2018.

ROSENVALD, Nelson. **A Responsabilidade Civil da Pessoa com Deficiência qualificada pelo Apoio e de seus Apoiadores**. 26 de março de 2018a. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2018/03/06/A-Responsabilidade-Civil-da-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia-qualificada-pelo-Apoio-e-de-seus-Apoiadores>> Acesso em 01 de setembro de 2018.

ROSENVALD, Nelson. **A tomada de decisão apoiada**: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. Disponível em <https://docs.wixstatic.com/ugd/d27320_ad4936f4ed4e41088be63d7bf571cf61.pdf> Acesso em 23 de agosto de 2018b.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.



Anais da XV Semana de Iniciação Científica: resumos dos grupos de trabalho
Nova Lima, 20 a 23 de novembro de 2018.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC: Parte II. **Migalhas**, 26 ago. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em: 05 set. 2018.

O CONCEPTURO E O NASCITURO NO DIREITO DAS SUCESSÕES: POSSÍVEIS EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA EXISTÊNCIA

Fabrizio Manoel Oliveira¹

Rodrigo Coelho dos Santos²

Orientador: Felipe Quintella Machado de Carvalho³

1 Introdução

O princípio da existência norteia o Direito das Sucessões e está positivado no artigo 1.798 do Código Civil de 2002, ao dispor que somente possuem legitimação para suceder as pessoas já nascidas no momento da abertura da sucessão. Portanto, “o chamado à sucessão deve existir no momento da delação da herança. Esta não se defere no vazio, não se transmite ao nada” (PEREIRA, 2011, p. 25).

Por outro lado, Vasconcelos (2008, p. 73) compreende o concepturo como aquele que ainda não foi concebido e, conseqüentemente, que não existe, representando apenas uma expectativa de que venha a ser. Já o nascituro é o ser que ainda não nasceu, mas que já foi concebido, ou seja, encontra-se no útero materno, em processo de gestação.

Diante destas considerações, é importante e necessário questionar se no Direito das Sucessões o concepturo e o nascituro compreendem verdadeiras exceções ao princípio da existência. Assim, o objetivo deste trabalho é averiguar, por meio de uma

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Cursando LL.M. em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Pós-Graduando em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado. E-mail: fabriciomanoeloliveira@gmail.com.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado. E-mail: rodrigo Coelho dos Santos@gmail.com.

³ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenador Didático-pedagógico da Faculdade de Direito Milton Campos. Professor Adjunto de Direito Civil dos cursos de Graduação e de Mestrado em Direito das Faculdades Milton Campos. Professor Titular de Direito Civil do curso de graduação em Direito do Ibmecc. Coordenador do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado e consultor jurídico. E-mail: felipequintella@mc Campos.br.

análise doutrinária e do Código Civil de 2002, se o concepturo e o nascituro poderiam ser enquadrados como exceções legais ao referido princípio.

Para isto, será realizado, primeiramente, um aprofundamento individualizado sobre o concepturo e o nascituro, de modo que possam ser apresentados conceitos doutrinários e disposições legais existentes acerca do tema. Posteriormente, analisar-se-á o princípio da existência e suas repercussões dentro do Direito das Sucessões, relacionando-o, ao final, com a figura do concepturo e do nascituro.

2 Desenvolvimento

2.1 O Concepturo e o Nascituro

O concepturo, para o direito das sucessões, pode ser definido como aquele que ainda não foi concebido (e, por consequência lógica, não nasceu), o qual pode ser sucessor, por meio de disposição testamentária, desde que se trate de filho ou filha de pessoa determinada e viva ao tempo da abertura da sucessão.

Em sua forma pura, encontra fundamentação legal no artigo 1799, inciso I e 1800 do Código Civil de 2002:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

(...)

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1 ° Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2 ° Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3 ° Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4 ° Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos (BRASIL, 2002).

E, por meio da instituição de fideicomisso, está amparado pelo artigo 1951, 1952 e 1959 do Código Civil de 2002:



Art. 1.951. Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário.

Art. 1.952. A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

Parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

Art. 1.959. São nulos os fideicomissos além do segundo grau (BRASIL, 2002).

Noutro lado, para o direito das sucessões, nascituro é aquele ente que já foi concebido, mas ainda não nasceu. E, como tal, também pode ser sucessor.

Ele está amparado pelo artigo 1798 do Código Civil de 2002:

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (BRASIL, 2002).

Assim, não há que se confundir o concepturo com o nascituro. O primeiro é aquele que sequer foi concebido, e o segundo aquele que já foi concebido, mas ainda não nasceu.

Nas palavras do português Vasconcelos (2008, p. 73), o concepturo pode ser definido como aquele que ainda não foi concebido e que, conseqüentemente, não existe, representando apenas uma expectativa de que venha a ser; e o nascituro é o ser que ainda não nasceu, mas já foi concebido, ou seja, encontra-se no útero materno, em processo de gestação.

2.2 Direito das Sucessões: O Concepturo e o Nascituro como Exceções ao Princípio da Existência

Para que haja a sucessão e a transmissão dos bens para o herdeiro ou legatário, é necessário que o sucessor exista quando da abertura da sucessão, já que alguém terá que assumir a posição jurídica do sucedendo (GOMES, 2008, p. 30). É o que se denomina princípio da existência, norma principal que vigora no Direito sucessório, a qual está consagrada na primeira parte do artigo 1798 do Código Civil de 2002: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas (...)” (BRASIL, 2002).



Quer dizer, “o pressuposto primeiro da capacidade para adquirir por testamento é a existência” (PEREIRA, 2009, p. 190).

A legitimidade para suceder se confunde com o segundo pressuposto que mencionamos – sobrevivência do sucessor. Compõe-se de dois elementos: existência da pessoa e o direito sucessório eventual. Ou seja, tem legitimidade para suceder a pessoa que existir no momento da abertura da sucessão e que estiver investida de direito eventual à sucessão, seja por disposição testamentária ou pela lei (QUINTELLA; DONIZETTI, 2014, p. 1112).

No entanto, a disposição em favor do concepturo e do nascituro se apresenta como exceção legal a este princípio da existência.

Apesar de não ter nascido, é apto a suceder aquele que já tenha sido concebido no momento de abertura da sucessão (nascituro), conforme a dicção do artigo 1798: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Assim,

tem o nascituro, em consequência, capacidade sucessória. Sua capacidade é, entretanto, excepcional porque somente sucede se nascer com vida. Desse modo, verifica-se um estado de pendência da delação, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva (GOMES, 2008, p. 30).

Da mesma maneira, também é apto a suceder aquele que sequer foi concebido (concepturo), na forma do art. 1.799: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (BRASIL, 2002).

Em outros termos, “a lei disciplina sobre a possibilidade de sucessão havida por aqueles que nem sequer foram concebidos por ocasião da morte do autor da herança, isto é, os *nondum conceptus*” (ALVIM, 2004, p. 80). Desse modo o Código Civil de 2002 “permite, expressamente, a instituição de filhos por nascer, prole eventual de pessoas designadas e existentes ao tempo da abertura da sucessão (...)” (NONATO, 1957, p. 22).



Pelo exposto, evidencia-se que o concepturo e o nascituro são verdadeiras exceções ao princípio da existência no direito das sucessões, exceções estas que visam privilegiar e resguardar direitos futuros de ambos.

3 Conclusão

Ao final do trabalho, foi possível constatar que o princípio da existência, positivado no artigo 1.798 do Código Civil de 2002, comporta exceções, as quais estão previstas no *caput* do próprio artigo 1.798, bem como no artigo 1.799, inciso I, do Código Civil de 2002, atribuindo legitimação para suceder ao nascituro e ao concepturo, respectivamente.

Diante disso, admite-se, excepcionalmente, que um ser que sequer existe, como o concepturo, ou aquele que já foi concebido, mas ainda não nasceu, como o nascituro, sejam chamados a suceder, configurando verdadeira exceção à norma de que somente possuem legitimação para suceder as pessoas nascidas no momento da abertura da sucessão.

Referências

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Do Direito das Sucessões. 1ª ed. vol. XVI. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09.10.2018.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

NONATO, Orosimbo. **Estudos Sobre a Sucessão Testamentária**. Vol. II. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18ª ed. Vol. VI. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.



Anais da XV Semana de Iniciação Científica: resumos dos grupos de trabalho
Nova Lima, 20 a 23 de novembro de 2018.

QUINTELLA, Felipe; DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**, 5 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS BENS DEIXADOS PELO TESTADOR DIRETAMENTE EM FAVOR DO CONCEPTURO DURANTE O PERÍODO EM QUE AINDA NÃO OCORREU SEU NASCIMENTO

Fabrizio Manoel Oliveira¹

Rodrigo Coelho dos Santos²

Orientador: Felipe Quintella Machado de Carvalho³

1 Introdução

O concepturo pode ser compreendido como o (não) ente, isto é, aquele que ainda não foi concebido, e que, portanto, sequer possui existência, mas sob o qual incide uma expectativa acerca de sua futura concepção e nascimento.

No Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Bevilacqua, o concepturo poderia ser beneficiado por testamento, mediante instituição de fideicomisso ou então através de disposição pura, direcionada diretamente “à prole eventual de pessoas por ele [testador] designadas e existentes ao abrir-se a sucessão” (BRASIL, 1916), conforme disposição do artigo 1.718 do referido diploma legal.

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.799, inciso I, autorizou que “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abri-se a sucessão” (BRASIL, 2002) sejam chamados a suceder

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Cursando LL.M. em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Pós-Graduando em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado. E-mail: fabriciomanoeloliveira@gmail.com.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado. E-mail: rodrigocoelhods@gmail.com.

³ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenador Didático-pedagógico da Faculdade de Direito Milton Campos. Professor Adjunto de Direito Civil dos cursos de Graduação e de Mestrado em Direito das Faculdades Milton Campos. Professor Titular de Direito Civil do curso de graduação em Direito do Ibmec. Coordenador do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado e consultor jurídico. E-mail: felipequintella@mc Campos.br.

na sucessão testamentária, hipótese esta em que não haveria necessidade de instituição de fideicomisso, sendo, por isso, uma disposição pura e direta em favor do concepturo.

Contudo, diante destas disposições legais, surge um importante questionamento acerca de qual seria a situação jurídica dos bens deixados pelo testador durante o período da abertura da sucessão até o nascimento do concepturo.

Existe grande divergência doutrinária acerca de quem seria o proprietário destes bens e o real titular dos direitos hereditários neste interregno, razão pela qual surgiram algumas teorias com a finalidade de apresentar soluções para este questionamento.

Diante disso, o objetivo deste trabalho é examinar, ainda que de forma breve, tais teorias doutrinárias existentes acerca do tema, de modo que, ao final, seja possível apresentar a melhor compreensão e solução acerca da situação jurídica dos bens deixados pelo testador ao concepturo, durante o período da abertura da sucessão até o seu nascimento.

2 Desenvolvimento

2.1 Noções Preliminares

A autorização legal para que o concepturo fosse beneficiado diretamente por testamento, sem a necessidade de instituição de fideicomisso, estava prevista no artigo 1.718 do Código Civil de 1916:

Art. 1.718. São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão (BRASIL, 1916).

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002, abordando a matéria de maneira mais abrangente, manteve a essência da norma contida no Código de Bevilacqua, apresentando, ainda, inovações e aprimoramentos em relação ao tema:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
(...)

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1º. Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2º. Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º. Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4º. Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos (BRASIL, 2002).

Assim, a sucessão testamentária pura pelo concepturo é, na verdade, uma permissão em sentido contrário ao princípio da existência, basilar e norteador no Direito das Sucessões, o qual preconiza que somente possuem legitimação para suceder as pessoas já nascidas no momento da abertura da sucessão.

Interessante salientar, ainda, que a legislação nacional, ao contrário do que ocorre na maioria dos países ocidentais que preveem a figura do concepturo, determina um prazo máximo de dois anos para o seu nascimento, nos termos do parágrafo 4º do artigo 1.799, sendo que, durante este período, os bens serão confiados a um curador nomeado pelo juiz. Decorridos dois anos e não concebido o herdeiro ou legatário, o patrimônio caberá aos legítimos herdeiros, salvo disposição em contrário do sucedendo.

Contudo, conforme já ressaltado, permanece o questionamento em relação à situação jurídica dos bens deixados pelo testador ao concepturo, no período compreendido entre a abertura da sucessão e o seu nascimento: quem seria, neste interregno, o proprietário e titular desses direitos e bens?

Existe grande divergência doutrinária acerca do tema, razão pela qual surgiram quatro teorias, objetivando solucionar esta indagação.

2.2 Situação Jurídica dos Bens

2.2.1 Teoria da Herança Jacente

A primeira teoria que surgiu para dirimir o referido questionamento é aquela delineada pelo italiano Stolfi (1924, p. 145 apud SOUSA, 2017, p. 38), para quem a situação jurídica dos bens, durante a abertura da sucessão e o nascimento do concepturo,

é a mesma existente na herança jacente, de modo que os direitos ficariam em suspenso durante tal período.

Este posicionamento se baseia no fato de que o Código Civil Italiano de 1865 assinalava que tanto os administradores do patrimônio do concepturo quanto aqueles da herança jacente possuíam as mesmas atribuições, o que supostamente denotaria a similitude entre a natureza dos institutos (STOLFI, 1924, p. 452 apud SOUSA, 2017, p. 38).

2.2.2 Teoria de Herança sem Sujeito

Por outro lado, a segunda teoria que surgiu para explicar a questão é aquela defendida pelo alemão Hellwig (1910, p. 45 apud PONTES DE MIRANDA, 1935, p.27), para quem todo o patrimônio, isto é, a herança ou legado, não teria sujeito, dada a impossibilidade de atribuição de sua titularidade a alguém nesse interregno de espera.

Quer dizer, inexistiria um sujeito titular do patrimônio desde a abertura da sucessão até o nascimento do concepturo.

O posicionamento também é defendido pelo português Carvalho Fernandes (2004, p. 156 apud SOUSA, 2017, p. 38), ao compreender pela viabilidade jurídica da existência de um direito sem que houvesse uma titularidade correspondente, ressaltando, contudo, que para isso deveria ser assegurada alguma forma legal de conservação do bem, evitando, assim, qualquer tipo de prejuízo ao titular do futuro patrimônio.

2.2.3 Teoria de Estados de Vinculação

Já a terceira teoria é aquela elaborada pelo português Manuel de Andrade (1974, p. 35 apud SOUSA, 2017, p. 41), para quem não existiriam verdadeiros direitos durante o período de espera, mas sim meros estados de vinculação dos bens, os quais aguardariam a superveniência de um titular e, conseqüentemente, de um correspondente direito. Em outras palavras, os bens ficariam vinculados a uma expectativa e seriam mera potência de direitos do concepturo.

2.2.4 Teoria Condicional

Por fim, a quarta e majoritária teoria é aquela agasalhada pelo italiano Francesco Ricci (1923, p. 285 apud SOUSA, 2017, p. 45) e pelos portugueses Lopes Cardoso (1990, p. 107, apud SOUSA, 2017, p. 45) Pereira Coelho (1974, p. 95 apud SOUSA, 2017, p. 45), José Taveres (1903, p. 234, apud SOUSA, 2017, p. 45), Capelo de Sousa (2000, p. 247 apud SOUSA, 2017, p. 45) e Eduardo dos Santos (1923, p. 285 apud SOUSA, 2017, p. 38).

Para estes autores, existiria uma condição resolutive pendente pairando sobre o patrimônio, de modo que, com a morte do sucedendo, haveria a sucessão em favor dos herdeiros já existentes; ficando a partilha sujeita a uma condição resolutive, qual seja: o nascimento do concepturo.

Assim, os herdeiros já existentes teriam propriedade com natureza resolúvel sobre os bens deixados pelo testador em favor do concepturo, de modo que um eventual e futuro nascimento implicaria em uma reivindicação do seu quinhão, acarretando, conseqüentemente, uma sobrepartilha.

3 Conclusão

Com o trabalho foi possível examinar as quatro teorias doutrinárias existentes em relação à situação jurídica dos bens deixados pelo testador diretamente em favor do concepturo durante o período da abertura da sucessão até o seu nascimento, quais sejam: (i) teoria da herança jacente, (ii) teoria da herança sem sujeito, (iii) teoria de estado de vinculação e (iv) teoria condicional.

Dentre elas, aquela que parece responder de maneira mais coerente e juridicamente precisa ao problema deste trabalho é a teoria condicional, para a qual existiria uma condição resolutive pendente pairando sobre o patrimônio, de modo que, com a morte do testador, haveria a sucessão em favor dos herdeiros já existentes; ficando a partilha sujeita a uma condição resolutive, qual seja: o nascimento do concepturo.



Assim, durante o período da abertura da sucessão até o nascimento do concepturo, os herdeiros já existentes teriam propriedade de índole resolúvel sobre os bens deixados pelo testador, como aludido, de sorte que o concepturo, após o seu nascimento, poderia reivindicar o seu respectivo quinhão.

Referências

BRASIL. **Código Civil. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 04.10.2018.

BRASIL. **Código Civil. Lei n° 3.071, de 1° de janeiro de 1916.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 04.10.2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado dos Testamentos.** Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C. Livraria, Papelaria e Litho-Typographia, 1935. Vol. IV.

SOUSA, Maria Beatriz Almeida Correa de. **A Sucessão a Favor do Concepturo.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito - Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2017.

A DISPOSIÇÃO PURA A FAVOR DO CONCEPTURO NA LEGISLAÇÃO CIVIL PORTUGUESA: ANÁLISE DOS CÓDIGOS CIVIS PORTUGUESES DE 1867 E 1967

Fabício Manoel Oliveira¹

Rodrigo Coelho dos Santos²

Orientador: Felipe Quintella Machado de Carvalho³

1 Introdução

A figura do concepturo (que não se confunde com o nascituro) encontra resguardo, no direito sucessório, em grande parte das codificações civis ocidentais. Em síntese, é a permissão de se testar a favor de pessoa ainda não concebida, ou seja, é uma possibilidade de deixar patrimônio para uma entidade jurídica ainda não existente/que não foi concebida quando da morte do sucedendo, desde que observados os requisitos legais.

A maioria das codificações civis ocidentais autoriza, expressamente, a sucessão testamentária diretamente em favor do concepturo, existindo, portanto, permissão legal para se testar em benefício daquele que ainda não foi concebido, o que possibilita que bens sejam deixados pelo testador àquele que não existe no momento da abertura da sucessão.

O concepturo, nos dizeres de Pontes de Miranda (1935, p. 33), tem origem no Direito Italiano. Suas raízes primitivas estão fincadas no Código Sardo, no Parmense,

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Cursando LL.M. em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Pós-Graduando em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado. E-mail: fabriciomanoeloliveira@gmail.com.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado. E-mail: rodrigocoelhods@gmail.com.

³ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenador Didático-pedagógico da Faculdade de Direito Milton Campos. Professor Adjunto de Direito Civil dos cursos de Graduação e de Mestrado em Direito das Faculdades Milton Campos. Professor Titular de Direito Civil do curso de graduação em Direito do Ibmecc. Coordenador do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado e consultor jurídico. E-mail: felipequintella@mc Campos.br.



no Estense e até mesmo na Lei Toscana, de modo que foi efetivamente consagrado no Código Civil italiano de 1865, em sua forma pura, podendo ser extraído dos artigos 764, 857, 858, 859 e 860.

A partir do fato de que foi albergado por várias legislações europeias, surge um importante questionamento: em sua forma pura, teria sido disciplinada no Direito Civil Português, principalmente no que diz respeito ao Código Civil Português de 1867, aprovado dois anos depois do italiano, bem como no Código Civil Português de 1967?

Partindo da indagação, o objetivo deste trabalho é elucidar o modo como a disposição direta em favor do concepturo é compreendida e abordada na legislação portuguesa. Para isso, será examinado, primeiramente, o Código Civil Português de 1867, bem como o entendimento doutrinário existente sobre o tema. E, posteriormente, analisar-se-á o Código Civil Português de 1967, verificando a existência, ou não, de inovações em relação à legislação civil portuguesa anterior.

2 Desenvolvimento

2.1 A Disposição Pura a Favor do Concepturo no Código Civil Português de 1867

O Código Civil Português de 1867, elaborado pelo Visconde de Seabra, foi alvo de diversas críticas da doutrina, as quais podemos citar aquelas advindas de Teixeira de Freitas e de Alberto de Moraes, que por algum tempo proporcionaram um interessante debate doutrinário sobre vários institutos presentes na codificação⁴ - às vezes nem tão doutrinário, de fato, já que os comentários muitas vezes tinham natureza pessoal.

Apesar das discussões, o Código foi aprovado e entrou em vigor em 1868, trazendo intrigantes construções e algumas inovações em seus dispositivos.

Nessa senda, interessante mencionar a figura do concepturo, a qual encontra resguardo, por meio de instituição pura, nos artigos 1776 e 1777 do Código, que possuem, respectivamente, a seguinte redação:

⁴ Sobre o tema, ver: CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. **Teixeira de Freitas e a História da Teoria das Capacidades no Direito Civil Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013. p. 147. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-9G8J8M>>. Acesso em: 02.10.2018.



Artigo 1776. Só podem adquirir por testamento as criaturas existentes, entre as quaes é contado o embrião.

§ Único. Reputa-se existente o embrião, que nasce com vida e figura humana dentro de trezentos dias, contados desde a morte do testador.

Artigo 1777. Será, contudo, válida a disposição a favor dos nascituros, descendentes em primeiro grau de certas e determinadas pessoas vivas ao tempo da morte do testador, posto que o futuro herdeiro ou legatário venha á luz fôra do praso dos trezentos dias (PORTUGAL, 1868).

Portanto, a legislação civil portuguesa de 1867 autorizou o testamento em benefício do concepturo, configurando, assim, uma verdadeira exceção ao princípio da existência, o qual preconiza que somente possuem legitimação para suceder as pessoas já nascidas no momento da abertura da sucessão.

Assim, todas as disposições testamentárias a favor do concepturo, isto é, daquele ainda não concebido, seriam permitidas, desde que o concepturo fosse descendente em primeiro grau de pessoa determinada e que essa pessoa determinada pelo sucedendo estivesse viva quando de sua morte.

O Código, ademais, não impôs nenhuma limitação temporal ao nascimento do concepturo, o que se percebe da leitura da segunda parte do artigo 1777.

Dissertando sobre a temática, Tavares (1922, p. 827) assinala que

O princípio fundamental da capacidade testamentária passiva é o consignado no art. 1776.º: <só podem adquirir por testamento as criaturas existentes, entre as quais é contado o embrião>. E o § único do artigo reputa existente o embrião, que nasce com vida e figura humana, dentro de trezentos dias, contados desde a morte do testador. É a incapacidade absoluta das pessoas inexistentes.

Mas esta regra tem duas excepções: uma resulta do § único do art. 1776.º, e verifica-se sempre que o embrião, embora nascido dentro dos trezentos dias seguintes à morte do testador, só depois desta tenha sido concebido; a outra é expressamente consignada no art. 1777.º a favor dos nascituros, filhos de certas e determinadas pessoas vivas ao tempo da morte do testador.

Ainda, vale citar os ensinamentos de Gonçalves (1951, p. 1322), que não se distanciam do raciocínio anteriormente esposado:

O principal fator da capacidade sucessoral é existir na data e na hora do falecimento do autor da herança. O art. 1766 do cit. Código considera existente até o embrião, que nasceu com vida e figura humana no prazo de 300 dias contados desde a morte do testador ou autor da herança. Mas, como atrás se viu, o art. 1777 do mesmo Código considera válida a disposição a favor dos nascituros, descendentes de certas e determinadas pessoas vivas ao



tempo da morte do testador, posto que o futuro herdeiro ou legatário venha a nascer fora do prazo de 300 dias. Neste caso, não se trata dum nascituro, mas sim dum concepturo. Este caso, porém, é excepcionalíssimo.

2.2 A Disposição Pura a Favor do Concepturo no Código Civil Português de 1967

Após cerca de 100 anos de vigência, o Código Civil elaborado pelo Visconde de Seabra deu lugar ao Código Civil de 1967, de forte inspiração alemã.

Apesar da adoção de diferentes pressupostos, muitos pontos do Código de Seabra foram mantidos. Dentre eles, pode-se mencionar o instituto do concepturo, que permaneceu praticamente o mesmo, apesar da modificação da redação legislativa. Veja-se o artigo 2033 do Código:

Art. 2033. 1. Têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei.

2. Na sucessão testamentária ou contratual têm ainda capacidade:

- a) Os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão;
- b) As pessoas colectivas e as sociedades (PORTUGAL, 1966).

Quer dizer, o Código Civil Português de 1967 também reconheceu a capacidade sucessória do concepturo na sucessão testamentária, por forma direta, apenas mantendo a observância das duas condições básicas já previstas no antigo código: (i) que o concepturo fosse filho de pessoa determinada; (ii) que esta pessoa estivesse viva no momento da abertura da sucessão.

Além disso, constata-se que no artigo 2.033 o legislador optou pela expressão “nascituros não concebidos” como forma de se referir ao concepturo, terminologia esta que não parece ser a mais adequada, uma vez que o nascituro é justamente aquele que já foi concebido, mas ainda não nasceu, sendo o concepturo, por outro lado, aquele que sequer foi concebido e que, portanto, ainda não existe.

3 Conclusão

Ao final do trabalho, foi possível constatar que o Código Civil Português de 1867, influenciado pelo Código Civil Italiano de 1865, considerou válidas as disposições realizadas pelo testador em benefício do concepturo, por meio de disposição pura e direta, desde que estes fossem descendentes em primeiro grau de certas e determinadas pessoas, as quais deveriam estar vivas ao tempo da morte do testador.

No mesmo sentido, o Código Civil Português de 1967 manteve o reconhecimento da capacidade sucessória ao concepturo.

Portanto, no Direito Civil Português, assim como ocorre em grande parte das codificações civis ocidentais, é assegurada a sucessão testamentária diretamente destinada ao concepturo, sem a necessidade de se recorrer ao instituto do fideicomisso.

Referências

PORTUGUAL. **Código Civil Portuguez**. Aprovado por Carta de Lei de 4 de Julho de 1867. 2 ed. Oficial. Lisboa: Imprensa Nacional de Lisboa, 1868.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro**. Direito de Família e Direito das Sucessões. São Paulo: Max Limonad, 1951. Vol. III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado dos Testamentos**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello &C. Livraria, Papelaria e Litho-Typographia, 1935. Vol. IV.

PORTUGAL. **Código Civil**. Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. Lisboa: Imprensa Nacional de Lisboa, 1966.

TAVARES, José. **Os Princípios Fundamentais do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1922. Vol. I.

SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA DIRETA EM FAVOR DO CONCEPTURO: ESTUDOS COMPARATIVOS ENTRE A LEGISLAÇÃO CIVIL BRASILEIRA E ARGENTINA

Fabrizio Manoel Oliveira¹

Rodrigo Coelho dos Santos²

Orientador: Felipe Quintella Machado de Carvalho³

1 Introdução

A sucessão testamentária diretamente em favor do concepturo pode ser compreendida como a possibilidade de se testar em benefício daquele que ainda não foi concebido, e que, portanto, sequer possui existência, sendo, por isso, considerado um (não) ente. Trata-se de uma permissão conferida pelo legislador brasileiro, estando ela positivada de forma pura, sem a utilização do instituto do fideicomisso, desde o Código Civil de 1916, de autoria de Clóvis Bevilacqua.

No Código Civil de 1916, o concepturo possuía capacidade para adquirir por testamento, mediante disposição pura do testador direcionada “à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão” (BRASIL, 1916), conforme disposição do artigo 1.718.

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002, trazendo maior precisão e abrangência ao tema, a partir dos apontamentos realizados por Torquato Castro ao projeto original, autoriza, em seu artigo 1.799, inciso I, que “os filhos, ainda não

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Cursando LL.M. em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Pós-Graduando em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado. E-mail: fabriciomanoeloliveira@gmail.com.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado. E-mail: rodrigocoelhods@gmail.com.

³ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenador Didático-pedagógico da Faculdade de Direito Milton Campos. Professor Adjunto de Direito Civil dos cursos de Graduação e de Mestrado em Direito das Faculdades Milton Campos. Professor Titular de Direito Civil do curso de graduação em Direito do Ibmec. Coordenador do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado e consultor jurídico. E-mail: felipequintella@mc Campos.br.

concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas” (BRASIL, 2002) no momento da abertura da sucessão, sejam chamados a suceder.

Portanto, as legislações civis brasileiras apenas seguiram uma tendência já prevista em outras codificações, nas quais existia a possibilidade de se beneficiar diretamente o concepturo por meio de disposição testamentária, como já ocorria, por exemplo, nos artigos 764 e 857 a 860 do Código Civil Italiano de 1865, no artigo 828 do Código Civil Venezuelano de 1873 e nos artigos 1.776 e 1.777 do Código Civil Português de 1867, legislações estas abrangidas pela denominada primeira onda de codificação.

Posteriormente, a possibilidade de se testar em favor daquele que ainda não foi concebido também foi inserida, com algumas particularidades, nos parágrafos 2.070 e 2.071 do Código Civil Alemão de 1900 (BGB) e nos artigos 544 e 545 do Código Civil Suíço de 1907, também com várias peculiaridades, legislações estas abarcadas pela alcunhada segunda onda de codificação.

Diante disso, surge um importante questionamento acerca de como a sucessão testamentária em favor do concepturo, sem a utilização da substituição fideicomissária, foi disciplinada e regulamentada no Direito Argentino: tanto no Código Civil de Vélez Sarsfield (1869), fruto da primeira onda de codificação, quanto no Código Civil e Comercial da Nação (2015), elaborado a partir da onda de codificação tardia.

Assim, o objetivo deste trabalho é examinar, comparativamente, a abordagem, no Direito brasileiro e no Direito argentino, da possibilidade de se testar diretamente em benefício do concepturo, delineando, desse modo, as possíveis similitudes e divergências existentes sobre o tema no Brasil e na Argentina.

Para isso, analisar-se-á, primeiramente, a disposição testamentária pura e direta em favor do concepturo na legislação civil brasileira, principalmente no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002. Posteriormente, será estudada a possibilidade, ou não, de sucessão testamentária em benefício do concepturo na legislação civil argentina, examinando-se o Código Civil de Vélez Sarsfield de 1869 e o Código Civil e Comercial da Nação de 2015.



2 Desenvolvimento

2.1 A Disposição Pura Em Favor do Concepturo na Legislação Brasileira: de Bevilaqua ao Código Civil de 2002

Conforme já esclarecido, a possibilidade de se testar em benefício do concepturo, em sua forma pura e direta, encontra guarida no artigo 1.718 do Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Bevilaqua, o qual preconiza que:

Art. 1.718. São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão (BRASIL, 1916).

Na mesma linha, o Código Civil de 2002, ao disciplinar a sucessão testamentária, estabelece o seguinte:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
(...)

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1º. Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2º. Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º. Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4º. Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos (BRASIL, 2002).

Trata-se de uma permissão de instituição de herdeiro ou legatário, concedida pelo legislador, que foge à regra de que é necessária a existência para que ocorra a sucessão.

Assim, atualmente, para que um ente ainda não concebido (concepturo) possa ser sucessor/legatário, é premente que se trate de filho de pessoa determinada pelo falecido, além do fato de que esta pessoa determinada deve estar viva à época da

abertura da sucessão. Nessa linha, atualmente o prazo máximo para seu nascimento é de 2 anos e a administração dos bens, nesse interregno, ficará a cargo de um administrador judicial (curador).

Para Pontes de Miranda (1935, p. 33), é figura ímpar no Direito e sua função “é permitir pular por sobre uma pessoa (que por si não mereça, ou não precise), para lhe beneficiar a descendência”.

2.2 A Disposição Pura em Favor do Concepturo na Legislação Argentina: de Vélez Sarsfield ao Código Civil e Comercial da Nação de 2015.

O Código Civil de Vélez Sarsfield de 1869 foi muito influenciado pelo Direito brasileiro, mais especificamente pelo Esboço do Código Civil elaborado por Teixeira de Freitas (1860).

Sobre a capacidade para herdar, Vélez Sarsfield trouxe à luz o assunto no artigo 3.290 do Código Civil da República Argentina de 1869:

Art. 3290. El hijo concebido es capaz de suceder. El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que estando concebido naciere muerto, tampoco puede sucederle (ARGENTINA, 1869).

Quer dizer, ao contrário do Direito brasileiro, no Código Civil de Vélez Sarsfield (1869) o concepturo, por meio de disposição pura e direta, não possuía legitimidade para suceder.

O próprio Vélez (1952), em nota, explica a opção:

El hijo en el seno de la madre, tiene sólo una vida común con ella; el nacimiento puede únicamente darle una vida individual. El Derecho, sin embargo, lo considera como hábil para suceder. Esta excepción es debida a las leyes romanas que consideraban al "foetus" como ya nacido cuando se trataba de su interés. "Qui in utero est, proinde ac si rebus humanis esset". (L. 7, Dig. "De Stat. hom.". Véanse los arts. 63 a 69 de este Código, y el art. 70 ídem. Cód. francés, art. 906). Así, por ejemplo, un hijo renuncia a la sucesión de su padre muerto, o es excluido de ella como indigno; la sucesión, a falta de otros hijos, pasará a los abuelos o a los parientes colaterales. Si nace después un hijo al que renuncio la sucesión o fue excluido de ella, este



Anais da XV Semana de Iniciação Científica: resumos dos grupos de trabalho
Nova Lima, 20 a 23 de novembro de 2018.

hijo no podrá reclamar dela buelo la sucesión que había recaído em el que no estaba concebido al tiempo de la renuncia de su padre, com preferencia a sus ascendientes.

Así también, un testador no podría instituir por heredero a una persona que no estuviere concebida al tiempo de su muerte, niaun subordinado formalmente La institución a la condición suspensiva "si naciere". La sucesión correspondería a los sucesores "ab intestato", porque el derecho no defiere jamás la sucesión sino pura y simplemente, de una manera irrevocable.

(...)

Já o Código Civil e Comercial da Nação, de 2015, traz os seguintes dispositivos sobre o assunto:

Art. 2279. Personas que pueden suceder:

Pueden suceder al causante:

- a) las personas humanas existentes al momento de sumuerte;
- b) las concebidas enese momento que nazcancon vida;
- c) lãs nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, com los requisitos previstos enel artículo 561;
- d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y lãs fundaciones creadas por su testamento;

Art. 561. Forma y requisitos Del consentimiento La instrumentación de dicho consentimiento debe contenerlos requisitos previstos em lãs disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción em la persona o la implantación del embrión (ARGENTINA, 2015).

Para Herrera, Caramelo e Picasso (2015, p. 7):

Toda persona humana existente — con vida— e nel momento de la muerte del causante adquiere la calidad de heredero del causante si actualiza su vocación hereditaria de acuerdo al llamamiento legal o testamentario (art. 21 CCyC).

(...)

Siguiendo el crítico del Código Civil, la persona concebida es capaz de suceder (art. 21 CCyC). El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que estando concebido y naciere muerto, tampoco puede sucederle.

(...)

El art. 2279, inc. c, CCyC establece que tienen derechos hereditarios las personas que nazcan de técnicas de fecundación con los requisitos previstos em el art. 561 CCyC.

El art. 561 CCyC se refiere a la forma de prestar el consentimiento em las técnicas de procreación asistida. Por lo tanto, debe entenderse que se le atribuye la paternidad o maternidad, según el caso, al causante que presto ese consentimiento con las formalidades impuestas por ley, y el hijo nacido lo hereda si ha sido concebido antes de su muerte.

Desse modo, percebe-se que o Código Civil e Comercial da Nação manteve a regra geral contida no Código Civil de Vélez Sarsfield acerca da necessidade de concepção e nascimento com vida para que ocorra a sucessão, o que, a princípio, parecia afastar a possibilidade de privilegiar o concepturo por meio de disposição pura.

Todavia, em uma análise mais acurada, percebe-se que apresentou uma exceção a tal regra: a permissão de que aquele que nasça após a morte do sucedendo por meio de técnicas de reprodução assistida possa suceder, desde que observados os requisitos e formas de fornecer consentimento quando da utilização dessas técnicas, requisitos previstos no artigo 561.

3 Conclusão

Ao final do trabalho, foi possível constatar que no Direito Civil brasileiro, tanto no Código Civil de 1916 quanto no Código Civil de 2002, existe previsão expressa autorizando disposição testamentária pura e direta em benefício do concepturo, desde que este seja filho, ainda não concebido, de pessoas indicadas pelo testador, as quais devem estar vivas no momento da abertura da sucessão.

Por outro lado, no Código Civil de Vélez Sarsfield de 1869, o filho não concebido no momento da abertura da sucessão não possuía capacidade para suceder, permitindo concluir, desse modo, pela impossibilidade de sucessão testamentária direta em favor do concepturo.

Entretanto, o Código Civil e Comercial da Nação de 2015, apesar de manter a essência contida no Código Civil de Vélez Sarsfield de 1869 acerca da necessidade de concepção e nascimento com vida para que ocorra a sucessão, reconheceu, excepcionalmente, que os nascidos mediante técnicas de reprodução humana assistida, depois da morte do testador, teriam legitimação para suceder, desde que observados os requisitos e formas de fornecer consentimento quando da utilização dessas técnicas, requisitos previstos no artigo 561.

Constata-se, portanto, que no Direito brasileiro a possibilidade de se testar em benefício daquele que ainda não foi concebido ocorre de maneira mais ampla e



abrangente, enquanto no Direito argentino somente é admitida, excepcionalmente, na hipótese de concepturos que venham a nascer, depois da morte do testador, em razão do emprego de técnicas de reprodução humana assistida, desde que observados certos requisitos.

Referências

ARGENTINA. **Código Civil de la República Argentina**. 1869. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf>. Acesso em: 02.10.2018.

ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de La Nación**. 2015. Disponível em: <http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf>. Acesso em 02.10.2018.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02.10.2018.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 02.10.2018.

HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (coord). **Código Civil y Comercial de la Nación Comentado**. Tomo VI. Livro Quinto e Libro Sexto. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado dos Testamentos**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C. Livraria, Papelaria e Litho-Typographia, 1935.

SARFIELD, Vélez. **Código Civil Com Las Notas de Vélez Sársfieldy, Leyes Complementarias**. Arayu, 1952. Disponível em: <<https://digestocivilcomercial.wordpress.com/digesto-procesal-civil-y-comercial/codigo-civil-de-velez-con-notas/>>. Acesso em: 02.10.2018.

O FIDEICOMISSO COMO FORMA DE RESGUARDAR DIREITOS DO CONCEPTURO NA LEGISLAÇÃO CIVIL BRASILEIRA E PORTUGUESA

Fabrcio Manoel Oliveira¹

Rodrigo Coelho dos Santos²

Orientador: Felipe Quintella Machado de Carvalho³

1 Introdução

Em Roma, no período em que as classes menos favorecidas eram totalmente desprestigiadas face às classes dominantes, àquelas eram negados diversos benefícios e até mesmo o direito de propriedade (FIORANELLI, 1991, p. 7), que estava intrinsecamente relacionado ao culto e transmissão da herança.

Conforme Tavares (1939, p.80) “as leis de então haviam criado incapacidades invencíveis. Incapacidades e indignidades, tanto de testar, como de receber. Incluíam nessas, os peregrinos, os estrangeiros (...), os phostumos ou pessoas incertas (...)”.

No entanto, muitas vezes, pessoas das classes consideradas inferiores faziam jus a atos de liberalidade, os quais, na prática, não podiam ser exercidos em função das vedações legais em seu desfavor (FIORANELLI, 1991, p. 7).

Em função disso, tem origem o fideicomisso, que nasceu justamente como uma forma popular de burlar essas regras sucessórias complexas que impediam as classes menos favorecidas de transmitirem hereditariamente seu patrimônio (FIORANELLI, 1991, p. 7).

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Cursando LL.M. em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Pós-Graduando em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado. E-mail: fabriciomanoeloliveira@gmail.com.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado. E-mail: rodrigocoelhods@gmail.com.

³ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenador Didático-pedagógico da Faculdade de Direito Milton Campos. Professor Adjunto de Direito Civil dos cursos de Graduação e de Mestrado em Direito das Faculdades Milton Campos. Professor Titular de Direito Civil do curso de graduação em Direito do Ibmec. Coordenador do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado e consultor jurídico. E-mail: felipequintella@mcampos.br.

Assim, “(...) os cidadãos que não podiam fazer (...), recorriam, para dispor de seu patrimônio «post mortem», ao expediente de «mancipare» a um amigo a própria família, encarregando-o de dispô-la de um determinado modo” (BOVE, 1950, p. 583). Quer dizer, no fideicomisso era eleito um terceiro (intermediário), o qual transmitia os bens ao real sucessor, sem que se violasse qualquer regra sucessória.

Encontra-se aí, inclusive, a origem etimológica da palavra, que significa “confio em tua boa-fé” (*fidei tua comitto*) (FIORANELLI, 1991, p. 7).

Cumprir mencionar que tal instituição também poderia se dar em favor daquele que não foi concebido, ou seja, um póstumo ou pessoa incerta (BOVE, 1950, p. 586).

Partindo desse histórico e tendo em vista a grande influência do Direito Romano nas legislações de todo o mundo, muitos códigos civis mantiveram tal disposição. O presente trabalho tem o intuito de analisar, nesse ponto, se a legislação civil portuguesa e a brasileira também foram influenciadas pelo Direito Romano, ou seja, se prevêem tal possibilidade de privilegiar o concepturo, instituí-lo como sucessor por meio de fideicomisso. Para isso, serão analisados o Código Civil de Seabra de 1867 e o Código Civil Português de 1967, bem como o Código Civil de Bevilacqua e o Código Civil de 2002.

2 Desenvolvimento

2.1 O Concepturo e o Fideicomisso na Legislação Civil Brasileira

O concepturo é aquele que ainda não nasceu e, apesar disso, possui seus direitos e expectativas sucessórias ressalvadas pelo Direito, ou seja, pode ser nomeado como herdeiro ou até mesmo legatário, o que pode se dar por meio de disposição direta/pura ou através da instituição de fideicomisso.

Na instituição de fideicomisso, cumpre lembrar, há a presença da figura do fiduciário, que é o intermediário designado pelo testador, o qual deve estar vivo ao tempo de sua morte, e do fideicomissário, que é o destinatário final do patrimônio do sucedendo. Ao primeiro, beneficiário em primeiro grau, possuindo apenas a propriedade resolúvel dos bens, cabe apenas transmitir o que recebeu ao beneficiado em segundo

grau; e ao segundo é assegurado o recebimento do patrimônio quando do implemento da condição resolutiva (MACHADO, 1953, p. 132)⁴.

O fideicomisso (como forma de privilegiar o concepturo) estava consagrado nos artigos 1729 a 1740 do Código Civil de Bevilacqua. Assim, cabe trazer à luz os dispositivos mais relevantes para o estudo, quais sejam os artigos 1733, 1734 e 1735, respectivamente:

Art. 1.733. Pode também o testador instituir herdeiros ou legatários por meio de fideicomisso, impondo a um deles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir ao outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança, ou o legado.

Art. 1.734. O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel.

Parágrafo único. É obrigado, porém, a proceder ao inventário dos bens gravados, e, se lhe exigir o fideicomissário, a prestar caução de restituí-los.

Art. 1.735. O fideicomissário pode renunciar a herança, ou legado, e, neste caso, o fideicomisso caduca, ficando os bens propriedade pura do fiduciário, se não houver disposição contrária do testador (BRASIL, 1916).

Por outro lado, nota-se que a figura também se manteve no Código Civil de 2002, que trata da temática em seus artigos 1951 a 1960. Destes, importante trazer à baila os artigos 1951 e 1952, que preconizam, respectivamente:

Art. 1.951. Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário.

Art. 1.952. A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

Parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário (BRASIL, 2002).

⁴ Em síntese, pode-se considerar que “atualmente, há três espécies de substituição: a) substituição vulgar, comum, ou direta, em que a designação do substituto dá-se pura e simplesmente ou mediante a imposição de encargo ou condição, caso o substituído não queira ou não possa aceitar a herança, seja por renúncia, seja por indignidade, seja por falta de capacidade testamentária passiva; b) substituição fideicomissária: em que o testador nomeia alguém em confiança, o fiduciário, com a incumbência de receber a herança ou legado até a sua morte ou até o implemento de determinado termo ou condição, quando a propriedade até então resolúvel destes bens será transferida ao substituto, denominado de fideicomissário; c) substituição mista ou compendiosa: que consiste em uma mistura das duas primeiras espécies substituição” (CARVALHO, 2006, p. 44). No entanto, apesar das subespécies, tem-se que a natureza jurídica de ambas é a mesma.

Quer dizer, o fideicomisso fora devidamente positivado em ambos os Códigos Civis Brasileiros, mantendo a tradição romanística de, por meio deste instrumento, conceder proteção ao concepturo.

2.2 O Concepturo e o Fideicomisso na Legislação Civil Portuguesa

O Código Civil de Seabra, de 1867, fruto da primeira onda de codificação, foi fortemente inspirado pelo Direito Romano, pelo Código Civil Italiano de 1865 e Pelo Código Civil Francês de 1804.

Ele consagrou expressamente a possibilidade de beneficiar o concepturo através da instituição de fideicomisso em seus artigos 1866 a 1874. Destes, os mais relevantes são:

Art. 1866. A disposição testamentária, pela qual algum herdeiro ou legatário é encarregado de conservar e transmitir por sua morte a um terceiro a herança ou legado, diz-se substituição fideicommissária.

Art. 1867. São proibidas para o futuro as substituições fideicommissárias, excepto:

1.º Sendo feitas por pae ou mãe nos bens disponíveis, em proveito dos netos, nascidos ou por nascer;

2.º Sendo feitas em favor dos descendentes, em primeiro grau, de irmãos do testador.

Art. 1868. O fideicommissario adquire direito á successão, desde o momento da morte do testador, ainda que não sobreviva ao fiduciário. Este direito passa aos seus herdeiros.

Art. 1870. Não se reputará fideicomisso a disposição, pela qual algum testador deixe o usufructo de certa cousa a uma pessoa, e a propriedade a outra, com tanto que o usufructuario ou o proprietário não seja encarregado de transmitir a outrem, por sua morte, o dicto usufructo ou a dicta propriedade.

Art. 1873. Os herdeiros ou os legatários, cujas heranças ou cujos legados estiverem sujeitos a substituições fideicommissarias, serão havidos por mero usufructuarios (PORTUGAL, 1868, p. 311-312).

Noutro norte, o Código Civil Português de 1967, fruto do que a doutrina denomina como onda tardia de codificação, manteve - e inclusive aprimorou - a possibilidade de instituição de fideicomisso em favor do concepturo, a qual restou albergada nos artigos 2286 a 2296. Vejam-se os mais relevantes:

ARTIGO 2286. (Noção) Diz-se substituição fideicomissária, ou fideicomisso, a disposição pela qual o testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor de outrem; o

herdeiro gravado com o encargo chama-se fiduciário, e fideicomissário o beneficiário da substituição.

ARTIGO 2290. (Direitos e obrigações do fiduciário) 1. O fiduciário tem o gozo e a administração dos bens sujeitos ao fideicomisso. 2. São extensivas ao fiduciário, no que não for incompatível com a natureza do fideicomisso, as disposições legais relativas ao usufruto. 3. O caso julgado constituído em acção relativa aos bens sujeitos ao fideicomisso não é oponível ao fideicomissário se ele não interveio nela.

ARTIGO 2293. (Devolução da herança ao fideicomissário) 1. A herança devolve-se ao fideicomissário no momento da morte do fiduciário. 2. Se o fideicomissário não puder ou não quiser aceitar a herança, fica sem efeito a substituição, e a titularidade dos bens hereditários considera-se adquirida definitivamente pelo fiduciário desde a morte do testador. 3. Não podendo ou não querendo o fiduciário aceitar a herança, a substituição, no silêncio do testamento, converte-se de fideicomissária em directa, dando-se a devolução da herança a favor do fideicomissário, com efeito desde o óbito do testador (PORTUGAL, 1966, p. 2083).

O Código Civil de Português de 1967, de fato, parece que tratou da matéria com mais propriedade, eis que, além de prever de forma extremamente completa o instituto e sua extensão, consagrou até mesmo as conseqüências práticas acerca da administração do patrimônio pelo fiduciário no tempo, tais como a necessidade de alienação de certos bens⁵ e o direito de eventuais credores sobre o fiduciário⁶, tópicos não delineados pelos outros códigos.

3 Conclusão

Ao final do trabalho, foi possível notar que o fideicomisso, em que pese se tratar de uma figura nascida no Direito Romano, está positivada e possui repercussões em vários ordenamentos ao redor do mundo. Dois exemplos dessa positivação são aqueles ocorridos no Brasil e em Portugal. No primeiro, ela estava consagrada nos artigos 1729 a 1740 do Código Civil de Bevilacqua, possuindo atualmente previsão nos artigos 1951 a 1960 do Código Civil de 2002. E, no segundo, ela constava dos artigos 1866 a 1874 do Código Civil de Seabra, estando atualmente calcada nos artigos 2286 a 2296 do Código

⁵ ARTIGO 2291. (Alienação ou oneração de bens) 1. Em caso de evidente necessidade ou utilidade para os bens da substituição, pode o tribunal autorizar, com as devidas cautelas, a alienação ou oneração dos bens sujeitos ao fideicomisso. 2. Nas mesmas condições, pode o tribunal autorizar a alienação ou oneração em caso de evidente necessidade ou utilidade para o fiduciário, contanto que os interesses do fideicomissário não sejam afectados.

⁶ ARTIGO 2292. (Direitos dos credores pessoais do fiduciário) Os credores pessoais do fiduciário não têm o direito de se pagar pelos bens sujeitos ao fideicomisso, mas tão somente pelos seus frutos.



Civil Português de 1967, algo que apenas denota a grande influência do Direito Romano em todo o Direito moderno, principalmente o civil.

Referências

BOVE, Roberto. Fideicomisso no direito romano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 39, v. 183, janeiro, 1950. p. 580-595.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09.10.2018.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 23.10.2018.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das Sucessões: das Substituições no Código de 2002. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n. 66, jan./mar. 2006. p. 42-59.

FIORANELI, Ademar. Fideicomisso. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, nº 28, julho/dezembro, 1991. p. 7-34.

MACHADO, João Ataliba Marcondes. Fideicomisso: Morte do Fiduciário Antes do Testador. **Consequências: Revista Jurídica**, ano 1, abril, 1953. p. 132-135.

PORTUGAL. **Código Civil Portuguez**. Aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868.

PORTUGAL. Código Civil Português. **Diário do Governo**, série I, número 274, 1966.

TAVARES, Ademar. Breves Linhas sobre a História do Fideicomisso. **Arquivo Judiciário**, vol LII, 1939, p. 80-83.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DO CASO *MASTERPIECE CAKESHOP LTD v. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION*

Alice Muzzi Lamounier Araujo¹

Raphael Rangel de Castro Faria²

1 Introdução

Este resumo expandido analisa as dimensões da liberdade de expressão americana, mediante estudo de um caso emblemático e controverso quanto ao tema. Os argumentos sustentados pelos Juízes da Suprema Corte Americana permitem, na situação destacada, questionar qual liberdade individual está sendo de fato tolhida, pelo que é possível traçar diversas conclusões sobre as diferenças entre a “*freedom of speech*” americana e a liberdade de expressão brasileira.

É especialmente relevante a análise de casos ao estudo comparativo envolvendo Common Law, porquanto as decisões exaradas em países com tal sistemática possuem um valor distinto para a construção da ciência do direito. O precedente judicial, na estrutura do Common Law, possui caráter vinculante para a jurisdição que a exarou, bem como as instâncias a ela subordinada, caso se configure uma mesma situação fática. Isso implica na necessidade de estudo das decisões, que sempre podem ser em alguma medida vinculantes naquele ordenamento.

Para chegar às conclusões que serão aqui apresentadas quanto ao tema, foi utilizado o caso *Masterpiece Cakeshop LTD v. Colorado Civil Rights Commission*, julgado pela Suprema Corte Americana em 2017, permitindo uma argumentação fundada em estudos sobre a Constituição Americana e a maneira com que a Suprema Corte dos Estados Unidos decide as lides a ela apresentadas.

¹ alicemuzzi9@gmail.com. Graduanda do 10º período da Faculdade de Direito Milton Campos. Participante da Oficina de Estudos Avançados em Common Law.

² raphaelaria563@gmail.com. Graduando do 10º período da Faculdade de Direito Milton Campos. Participante da Oficina de Estudos Avançados em Common Law.

2 Desenvolvimento

2.1 Breve resumo do caso

Para que se possa discutir o ponto central deste resumo expandido é necessária uma breve apresentação da lide e dos fundamentos utilizados para se alcançar a decisão final.

Eis a narração dos fatos: Masterpiece Cakeshop, LTD é uma confeitaria situada no estado do Colorado, de propriedade de Jack Phillips, católico devoto. Em 2012, quando um casal de homossexuais - Craig e Mullins - foi até a confeitaria para comprar um bolo para seu casamento, Phillips se negou a fazê-lo em razão da oposição de sua religião a casamentos entre pessoas do mesmo sexo - os quais ainda não eram reconhecidos pelo Colorado - mas enfatizou que venderia a eles quaisquer outros produtos.

Sendo assim, o casal ajuizou uma ação judicial junto à Comissão de Direitos Civis do Colorado (Colorado Civil Rights Commission) com base no Ato Anti Discriminação do Colorado (Colorado Anti-Discrimination Act - CADA), o qual veda discriminação em razão de orientação sexual em qualquer local de venda ou prestação de serviços para o público.

Ao passo que juízo administrativo do estado (Administrative Law Judge - ALJ) decidiu a favor do casal homossexual, foram rejeitadas as alegações de Phillips sobre a Primeira Emenda (First Amendment), de que exigir a confecção de um bolo para casamento entre pessoas do mesmo sexo violaria seu direito à liberdade de expressão e seu direito de livre exercício da religião. Tanto a Comissão quanto o Tribunal de Apelação do Colorado (Colorado Court of Appeals) mantiveram a decisão do juiz administrativo.

Ante à decisão desfavorável a Phillips, este recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos (Supreme Court of the United States), a qual garantiu revisão da decisão.

No acórdão da Suprema Corte decidiu-se, em 7 votos contra 2, por reverter a decisão do Tribunal, sob os seguintes argumentos: a) as leis e a Constituição podem e em alguns casos devem proteger casais homossexuais no exercício de seus direitos

civis, mas objeções religiosas a casamentos entre pessoas do mesmo sexo são formas de expressão também protegidas; b) o tratamento do caso de Phillips pela Comissão comprometeu sua decisão, eis que suas crenças religiosas foram hostilizadas pelos julgadores, pois se referiram à sua fé como desprezível e meramente retórica, além de comparar a invocação de suas crenças com a defesa da escravidão e o Holocausto.

Quanto ao primeiro fundamento, os Juízes acrescentaram que a alegação de Phillips baseada no direito à liberdade de expressão e livre exercício da religião tem um componente significativo na Primeira Emenda à Constituição. Apontaram que a lei do estado, em 2012, permitia com que proprietários de comércios tivessem alguma liberdade em se negar a criar mensagens que considerassem ofensivas. Sustentaram que, para Phillips, seus bolos ultrapassam a característica de alimento e alcançam a categoria de arte, pelo que não poderia ser obrigado a expressar uma mensagem que desaprove. Por fim, utilizaram como precedentes os casos *Jack v. Gateaux LTD*, *Jack v. Le Bakery Sensual Inc.* e *Jack v. Azucar Bakery*, eis que os confeitores aqui também se negaram a confeccionar os bolos requeridos pelo autor William Jack em razão de discordarem das mensagens que expressavam.

No que tange ao segundo argumento, os Juízes reforçaram a necessidade de imparcialidade do Estado e de tolerância para com os cidadãos e suas crenças, o que a Comissão não pareceu levar em conta.

Em contrapartida, os Juízes que votaram pela manutenção da decisão do Tribunal embasaram seus argumentos na vedação de se negar produtos e serviços de forma igualitária, e no fato de que os casos Jack não serviriam como precedentes uma vez que os bolos pretendidos teriam mensagens de ódio que os confeitores consideraram ofensivo por natureza.

Diante disso, é necessário frisar que a grande maioria dos juízes concordou com o fato de ter havido uma discriminação por parte de Phillips, mas o tratamento da Comissão face à livre expressão religiosa prevaleceu ao final.

2.2 A dimensão da liberdade de expressão

Ante a breve exposição do caso, resta analisar a abordagem da liberdade de expressão pela Suprema Corte Americana e, conseqüentemente, distinções da abordagem brasileira.

Uma das primeiras manifestações dos juízes no julgado, no subtítulo “Opinion of the Court”, trata as objeções religiosas e filosóficas ao casamento entre pessoas do mesmo sexo como formas de expressão protegidas pela Constituição, não obstante deva-se respeitar o princípio da igualdade inerente aos casais homossexuais.

Ademais, apontam que a Primeira Emenda assegura às organizações e pessoas religiosas a proteção devida, ao passo que pretendem ensinar os princípios centrais para suas vidas e sua fé.

Afirma-se ainda que a Primeira Emenda proíbe leis estaduais que limitem a liberdade de expressão e que, ao interpretar tal disposição, a Suprema Corte distinguiu “normas que atingem a liberdade de expressão” e “normas que regulam condutas”. A segunda espécie, em regra, não limita a liberdade de expressão, ainda que imponha encargos incidentais à expressão.

O membro da corte Clarence Thomas, seguido por Gorsuch no tocante, afirma que, para determinar se certa conduta é suficientemente expressiva, a Suprema Corte questiona se a intenção era comunicar algo e se, no contexto, seria racionalmente entendida pelo destinatário como comunicativa de uma mensagem. Contudo acrescenta que uma mensagem particularizada não é necessária, ou então a liberdade de expressão jamais alcançaria a “pintura inquestionavelmente resguardada pintura de Jackson Pollock, a música de Arnold Schönberg ou o verso de Jabberwocky de Lewis Carroll.” (UNITED STATES, 2018, p. 4, tradução nossa)³.

Citam, ainda, o caso Obergefell, dizendo que a decisão da corte inevitavelmente viria a conflitar com a liberdade religiosa, eis que indivíduos são confrontados com demandas para participar e endossar casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo. Conclui-se que este caso é um exemplo deste conflito, e que a decisão da Suprema

³ “the freedom of speech would never reach the unquestionably shielded painting of Jackson Pollock, music of Arnold Schönberg, or Jabberwocky verse of Lewis Carroll”.

Corte em dar razão a Phillips quanto ao seu direito ao livre exercício da religião prova que a liberdade religiosa sobreviveu, mas que, em casos futuros, a liberdade de expressão pode ser essencial para prevenir que o caso *Obergefell* seja utilizado para eliminar qualquer vestígio de discordância e difamar americanos que estão relutantes em consentir à nova ortodoxia.

Por fim, é defendido que na proteção de crenças impopulares é que se prova o compromisso do país em servir como refúgio à liberdade religiosa e que, se a pretensão é manter a vitalidade do direito à liberdade, decisões como a da Corte de Apelação do Colorado devem ser rejeitadas.

Tais considerações se apresentam, quando comparadas ao sistema jurídico brasileiro no que concerne ao tema, particularmente distintas. No sistema jurídico brasileiro, em face de caso de conflito de princípios constitucionais, em que pese inexistir norma limitando a liberdade de expressão, subsiste a ponderação de tais princípios, de forma a se obter a solução mais justa.

O que se vê, contudo, é que não houve relativização da “freedom of speech” no caso americano. Toda a argumentação produzida se entorna, em verdade, nas dimensões do direito constitucionalmente garantido.

Notável, portanto, que o caminho para a proteção dos princípios constitucionais no sistema jurídico americano é distinto. Não se vislumbra, contudo, manifesta injustiça no que foi decidido.

O que se apresenta no caso, em verdade, é um caminho distinto para a solução de conflitos constitucionais, em que a relativização de princípios basilares torna-se, de fato, excepcional, mas que todavia prima ainda pelo ideal de justiça.

3 Conclusão

As questões relativas à liberdade de expressão costumam ser rodeadas de intenso debate. Subsiste, em razão de memórias internacionais próximas, um profundo repúdio à censura como método de controle de informações.



O caminho encontrado pelo Estado Brasileiro, no que toca à liberdade de expressão constitucional, foi de permiti-la de maneira razoavelmente ampla, ressalvada contudo a ponderação de princípios.

Por outro lado, os Estados Unidos da América buscaram meio distinto, permitindo de fato o exercício da liberdade de expressão como concebida pelo constituinte. Limitam seu conceito, todavia, às efetivas formas de expressão de ideias, afastando condutas de seu escopo.

O que se nota da análise comparativa produzida é que as diferenças nessa sistemática trazem a possibilidade de resultados distintos. Sua valoração permitiria diversas pretensões subjetivas, que no entanto não desmerecem o fato de que o aprendizado das soluções trazidas por sistema jurídico diverso é amplo. Ademais, torna-se possível a introdução dos novos institutos descobertos, em alguma medida, em nosso sistema.

Referências

UNITED STATES. Supreme Court. *Masterpiece Cakeshop, Ltd., Et Al. V. Colorado Civil Rights Commission Et Al.* Supreme Court of the United States: 4 jun. de 2018. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

FORMA DE PARTILHA DOS BENS NA HIPÓTESE DE DESIGNAÇÃO TESTAMENTÁRIA PURA EM FAVOR DO CONCEPTURO

Ariele Gomes Mendonça¹

Fabício Manoel Oliveira²

Orientador: Felipe Quintella Machado de Carvalho³

1 Introdução

A abertura da sucessão se dá com a morte do testador, ocorrendo imediatamente a aquisição do direito sucessório e a transmissão patrimonial do falecido aos sucessores. Como consequência, faz-se necessário proceder ao inventário, isto é, à pormenorização e avaliação de todos os bens do sucedendo, bem como à posterior partilha, na qual se fará a divisão patrimonial com a expedição do respectivo formal (GONÇALVES, 2007, p. 146).

Em outras palavras, no inventário ocorre a apuração de todo o patrimônio e o levantamento de seus ativos e a quitação do passivo, iniciando-se de modo incontinenti o processo de partilha, no qual será designado o quinhão de cada sucessor (FIUZA, 2007, p. 1070).

Uma vez que sejam pagos os tributos e que se junte aos autos certidão negativa de dívida junto à Fazenda Pública, o Juiz julgará por sentença a partilha.

Transitada em julgado essa sentença, os herdeiros receberão os bens que lhes tocarem e um formal de partilha, do qual constarão o termo de inventariante e o título do herdeiro; a avaliação dos bens que constituíram o quinhão do

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). E-mail: arielegm@icloud.com.

² Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Cursando LL.M. em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Pós-Graduando em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado. E-mail: fabriciomanoeloliveira@gmail.com.

³ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenador Didático-pedagógico da Faculdade de Direito Milton Campos. Professor Adjunto de Direito Civil dos cursos de Graduação e de Mestrado em Direito das Faculdades Milton Campos. Professor Titular de Direito Civil do curso de graduação em Direito do Ibmec. Coordenador do Grupo de Pesquisa sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado e consultor jurídico. E-mail: felipequintella@mc Campos.br.



herdeiro; o pagamento do quinhão e dos impostos e a sentença. Com este formal de partilha, o herdeiro poderá, então, transferir os bens para seu nome (FIUZA, 2007, p. 1071).

Pode-se mencionar, nesse passo, que tal procedimento padrão de partilha não possui nenhum tipo de complexidade ou problema que já não esteja assentado na doutrina e na jurisprudência, em se tratando de situações normais/corriqueira.

No entanto, dúvida surge quando estamos diante de situação excepcional prevista no Código Civil de 2002: o concepturo.

O concepturo é uma entidade jurídica que ainda não existe, mas que se espera que venha a existir, o qual pode ser designado como sucessor através de testamento. Por outras palavras, é um ente sem vida humana ou realidade biológica, que representa unicamente uma possibilidade, uma esperança ou expectativa abstrata de que venha a ser concebido. Dessa forma, entende-se que os concepturos, conforme tradicional lição de Capelo de Sousa (2000. p. 288), “são entidades jurídicas emergentes de uma estrutura de pressupostos jurídicos e de conteúdos de vontade das partes (...) dotadas de operacionalidade”.

O Código Civil de 2002 trata tal figura como uma excepcionalidade ao princípio da existência, que assinala que só podem suceder aqueles que já estiverem vivos ou ao menos concebidos quando da abertura da sucessão⁴. Ele possui, em realidade, o prazo legal de 2 anos, após a morte do sucedendo, para que possa nascer com vida. Caso nasça, terá a titularidade dos bens, caso não nasça, não será seu titular.

No entanto, por se tratar de uma entidade jurídica que ainda não existe, podem ocorrer problemas quando da partilha patrimonial tratada acima. Isso porque durante esse lapso temporal de 2 anos não se sabe ao certo, por exemplo, se o patrimônio do sucedendo (i) deveria ser distribuído na integralidade aos outros herdeiros e legatários e, caso o concepturo nasça com vida, deveria ser realizada uma sobrepilha; ou se (ii) o patrimônio deveria ficar em estado de suspensão, aguardando o fim do prazo de dois anos estabelecido no Código Civil, para que se evitasse o imbróglio gerado por uma sobrepilha.

⁴ Previsão constante do artigo 1798 do Código Civil de 2002: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Esse é o tema problema que busca solucionar o presente trabalho, ou seja, analisar qual o posicionamento da doutrina sobre o assunto e se o Código Civil se inclina em favor de alguma destas possibilidades, buscando dar uma solução definitiva à indagação.

2 Desenvolvimento

2.1 A Posição de Maria Berenice Dias

Observa Maria Berenice Dias (2013, p. 342) que a sucessão em favor de herdeiro não concebido é condicional, não terá eficácia de imediato.

Segundo ela, existe uma mera expectativa de direito que se realiza com o nascimento com vida. Dessa forma, há uma dupla condição orbitando o concepturo. A primeira é uma condição resolutiva: se o herdeiro instituído não tiver nascido ainda, aquele que está como pessoa determinada no testamento terá que estar vivo no momento da abertura da sucessão; e uma condição suspensiva: a concepção deve ocorrer no prazo de dois anos da abertura da sucessão (DIAS, 2013, p. 343).

Caso ocorra então o nascimento com vida, receberá a integralidade da herança que lhe foi deixada. E, caso não nasça ou nasça morto, o quinhão retorna aos herdeiros legítimos. Em suas palavras:

No momento do nascimento, é como se o herdeiro tivesse nascido à data da morte do testador. Se não nasceu, mas foi concebido antes do decurso do prazo, cabe aguardar o seu nascimento. Nascendo com vida, recebe seu quinhão hereditário e mais os frutos e rendimentos desde a abertura da sucessão. Na expressão do Código, recebe a deixa a partir da morte do testador (CC 1.800 § 3º). Esta é a exata dimensão do princípio da saisine. Durante o prazo de espera para que aconteça o nascimento dos herdeiros, os bens ficam reservados. Mesmo que venha a findar o inventário, quando da partilha, o acervo a ele destinado resta em mãos de um curador (CC 1.800), que é considerado depositário, incumbindo-lhe os deveres próprios de quem administra patrimônio de outrem, respondendo pelos prejuízos e dando conta dos frutos (DIAS, 2013, p. 343).

Quer dizer, para ela o quinhão do concepturo não deveria ser distribuído aos outros sucessores. Pelo contrário, seria reservado e ficaria sob os cuidados de um

administrador no ínterim de aguardo. Caso nasça, receberia os bens. Caso não nasça, o quinhão seria redistribuído entre os outros herdeiros.

2.2 A Posição de Carlos Maximiliano

Apesar de tratar do assunto com base no Código Civil 1916, Carlos Maximiliano (1937, p. 144) aduz que com o nascimento com vida o direito não somente se consolidaria, mas também retroagiria a favor do herdeiro, cabendo a ele seus frutos e rendimentos.

Por outro lado, caso o herdeiro venha a nascer sem vida, o sucessor imediato herdaria a partir do falecimento do sucedendo, também tendo seu direito retroagido (MAXIMILIANO, 1937, p. 144).

De toda forma, o concepturo, que para ele possui apenas uma expectativa de direito, um direito suspenso, em potência, poderia ser representado por um administrador, um curador. No entanto, “a posse da herança ou legado, se o de cujus nada dispôs a respeito, cabe provisoriamente ao que sucederia se a disposição testamentária não existisse; é devolvida ao beneficiado quando êle vem ao mundo, ou confiada ao seu tutor, nato ou dativo” (MAXIMILIANO, 1937, p. 146).

Haveria uma partilha provisória entre os nascidos com vida ao tempo da abertura da sucessão. Com efeito, caso nascesse o referido concepturo, poderia reivindicar sua parte. Tal raciocínio estava lastreado no fato de que não se mostra correto nenhum herdeiro ser privado de seus direitos enquanto espera o nascimento do concepturo, mormente porque o Código Civil de 1916 não previa prazo para seu nascimento, ou seja, não podia o direito dos outros herdeiros ficar atrelado a uma condição que se perpetuava indefinidamente no tempo.

2.3 A Posição de Orosimbo Nonato

Orosimbo Nonato (1957, p. 29), também à luz do Código Civil de 1916, discorre sobre três teorias para solucionar a questão: a teoria da indivisão temporária, da partilha judicial aproximativa e da partilha condicional.

A teoria da indivisão temporária ocorre quando existirem outros herdeiros e os concepturos ainda não tiverem nascido. Nessa hipótese, fazer a partilha seria arriscado, uma vez que ainda não se sabe o número de concepturos. Além disso, existe risco de que o concepturo não consiga receber sua quota hereditária, ou seja, de que nada receba futuramente, uma vez que os outros herdeiros podem se tornar insolventes. No entanto, assevera que “a solução se mostra desconveniente com o manter, indefinidamente, o estado molesto de indivisão, a comunhão, nutriz de discórdias” (NONATO, 1957, p. 30).

A teoria da partilha judicial aproximativa afirma que, com base em todas as circunstâncias do caso, bem como os elementos de probabilidade, deve-se determinar aproximadamente o número eventual de filhos que podem vir a nascer. Todavia, ele mesmo afirma que tal solução é arbitrária e sem base jurídica alguma (NONATO, 1957, p. 30).

Por fim, para a terceira teoria, da partilha condicional, os direitos dos concepturos estariam atrelados a uma condição, de modo que receberiam uma quota parte da herança toda vez que houvesse o respectivo nascimento (NONATO, 1957, p. 31).

Preferem alguns escritores ver na hipótese vertente uma como liberalidade aos nascidos..., subordina, em parte, a condição resolutive: resolve-se o direito deles a uma parte da quota recebida desde que nasce mais um irmão. Alguns passam a tratar-se de condição suspensiva – se nascer (*an nascatur*). Em qualquer das figuras jurídicas o resultado é o mesmo; devolve-se uma fração da deixa ao novo nato que entra, então, no gozo da mesma, se não foi legado a outrem o usufruto” (NONATO, 1957, p. 31).

Ou seja, haveria a partilha e, caso o concepturo nascesse, poderia reivindicar os bens dos outros sucessores. É a mesma teoria trabalhada por Carlos Maximiliano.

3 Conclusão

Ao final do trabalho foi possível examinar diversas teorias doutrinárias existentes em relação à forma de partilha dos bens na designação testamentária pura em favor do concepturo, quais sejam: a que assinala que o quinhão do concepturo fica

resguardado e sob os cuidados de um administrador, a da partilha provisória ou condicional, a da indivisão temporária e a da partilha judicial aproximativa.

Dentre elas, aquela que parece responder de maneira mais coerente e juridicamente precisa ao problema deste trabalho é aquela apresentada pela Maria Berenice Dias, ou seja, a de que o quinhão e conseqüentemente os bens, após a partilha, permanecem confiados a um administrador. Isto porque o Código Civil de 2002 é expreso ao afirmar que os bens do concepturo serão administrados por um curador após a feitura da partilha (art. 1.800, *caput*), de sorte que, caso nasça com vida o concepturo no prazo de 2 anos, receberá tal patrimônio que lhe foi garantido, de forma retroativa (art. 1.800 § 3º). E, caso nasça sem vida ou caso não nasça no ínterim de 2 anos, os bens e direitos anteriormente resguardados caberão aos herdeiros legítimos (art. 1.800, § 4º).

Assim, durante o período da abertura da sucessão e partilha até o nascimento do concepturo, os bens que lhe foram designados seriam resguardados e administrados por um curador, de modo que: com seu nascimento com vida no prazo de 2 anos, iria recebê-los; caso não nascesse no prazo de 2 anos ou nascesse sem vida, o patrimônio reservado seria devolvido para a partilha, para os herdeiros legítimos.

Referências

- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. 8. ed. - 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006. V.4
- MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937. V.1
- NONATO, Orosimbo. **Estudos Sobre Sucessão Testamentária**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. V.2
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Lições de Direito das Sucessões**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 288. V.1.

AS INCONGRUÊNCIAS ACERCA DAS INCAPACIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDO BRASILEIRO

Danielle Giacomelli de Almeida¹

1 Introdução

Traçando-se uma linha temporal dentre os acontecimentos mais degradantes à dignidade da pessoa humana, esbarra-se nos métodos de tratamentos destinados àqueles acometidos por deficiência mental durante o século XX, fatos estes popularmente denominados como “Holocausto brasileiro”.

Cessados os tratamentos desumanos dirigidos aos enfermos mentais, iniciou-se uma evolução social, bem como legislativa, a fim de criar um aparato de proteção, integração e respeito a serem remetidos aos deficientes.

Nesta esteira evolutiva, visando assegurar e promover em condições de igualdade os direitos e as liberdades fundamentais dos deficientes e almejando, ainda, a inclusão social, em momento *a posteriori* a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York em 2005, foi criado o Estatuto da Pessoa com Deficiência, qual seja, a Lei 13.146, promulgada em 6 de julho de 2015.

O diploma legal supracitado ao adentrar ao Ordenamento Jurídico Brasileiro realizou diversas modificações no Código Civil de 2002. Dentre às alterações, destaca-se a alteração relativa às hipóteses de incapacidade absoluta e relativa, às quais interferem de maneira direta em institutos como do casamento.

No rol dos absolutamente incapazes de exercerem pessoalmente os atos da vida civil, antes da entrada em vigor do Estatuto do Deficiente, estavam: os menores de dezesesseis anos, os que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento e os que mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. No entanto, atualmente após a vigência do referido estatuto, só é reconhecida a

¹ Aluna do 8º período de Direito, da Faculdade de Direito Milton Campos. E-mail: dani.giacomelli.almeida@gmail.com

incapacidade absoluta dos menores de dezesseis anos. Quanto aos relativamente incapazes, com a redação trazida pelo estatuto, figuram: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e viciados em tóxicos, aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade e os pródigos.

2 Desenvolvimento

Observa-se que as primeiras reflexões técnicas no Direito brasileiro acerca da Teoria das Incapacidades surgiram na obra “Esboço do Código Civil”, publicado em 1860, pelo autor Freitas. Consta-se que, desde então, fundou-se que os critérios definidores da incapacidade absoluta e relativa seriam a impossibilidade de manifestar a vontade, a ausência de discernimento, discernimento reduzido ou incompleto ou a dependência da pessoa da pessoa para com outra. Assim, verifica-se que tanto o Código Civil de 1916 quanto o Código Civil de 2002 consideraram o grau de discernimento da pessoa como elemento definidor de sua capacidade.

Feitas as supracitadas considerações, checa-se tamanha incongruência no artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002.

O regime da separação obrigatória de bens presente no artigo 1.641 impõe-se em três casos, quais sejam: das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, da pessoa maior de 70 (setenta) anos e de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Quanto a incongruência, bem como contradição legislativa, interessa-nos a segunda hipótese da imposição da separação obrigatória, realizada no inciso II do referido artigo.

Conforme brevemente exposto nas linhas que inauguraram o presente escrito, o estatuto do deficiente trouxe ao Direito brasileiro diversas alterações, dentre tantas, passou a permitir àqueles que tenham discernimento reduzido em razão de alguma deficiência que constituam matrimônio ou união estável, conforme resta disposto do Estatuto da Pessoa com Deficiência, confira-se: Artigo 6º - A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável.

A mudança realizada pelo Estatuto quanto ao permissivo legal permitindo a constituição do casamento ou união estável deve ser comemorada, vez que demonstra-se a plena materialização da igualdade constante no Artigo 5º da Constituição da República de 1988. No entanto, ciente que desde os primeiros escritos civilistas do ordenamento brasileiro até as obras mais modernas, mostra-se unânime, pacificado e evidente que o elemento definidor da capacidade plena é o discernimento, assim, não mostra-se plausível a imposição do regime da separação obrigatória à pessoa maior de 70 (setenta) anos, tecnicamente comprovado seu pleno discernimento e desejando contrair núpcias se vê vinculado à vontade do legislador quanto a escolha do regime de bens. Por outro lado, o deficiente mental, o qual possui a redução de seu discernimento devidamente comprovada, lhe é dado o pleno poder de casar-se pelo regime de bens que lhe achar conveniente. Quanto a imposição, Caio Mário destaca: “Trata-se de discriminação dos idosos, ferindo os princípios da dignidade humana e da igualdade” (PEREIRA, 2014, p. 226).

Nota-se que, de fato, há uma violação dos Princípios Constitucionais basilares do Direito brasileiro ao realizar uma imposição descabida de fundamentos plausíveis e pertinentes dentro do Estado Democrático de Direito.

Verifica-se que, o referido dispositivo legal não impede que o idoso disponha de seus bens da parte disponível, ou seja, através de uma doação à seu companheiro ou cônjuge, assim, resta frustrada o intuito meramente patrimonialista do legislador ao criar imposição do artigo 1.641, inciso II.

O ilustre Rolf Madaleno, também traça críticas fundadas ao dispositivo legal. “E, com efeito, não se justificam limitações de capacidade de agir das pessoas, unicamente escoradas na sua idade, fazendo presumir por regra geral a falta de capacidade do septuagenário [...]” (MADALENO, 2015, p. 68).

A fase etária do idoso não desencadeia obrigatoriamente a ausência ou redução de seu discernimento, tanto é assim que a legislação brasileira não exige autorização para que o idoso se case. Assim, constata-se que a própria lei lhe confere capacidade civil, restando evidenciado incongruência legal ao limitar ao septuagenário seu regime de bens.



Certo é que a postura adotada pelo legislador no artigo 1.641, II do Código Civil de 2002 positiva raízes do patriarcalismo, fundando-se como justificativa da referida imposição, o anseio de cercear a constituição de matrimônios pautados em interesses econômicos e que ainda, o referido dispositivo apresenta-se como medida de prudência legislativa em favor dos idosos e de suas respectivas famílias, ao considerarem que o avanço na idade acarreta em carências afetivas e conseqüentemente, em riscos.

3 Conclusão

A par dos princípios constitucionais, bem como dos valores e fundamentos presentes na Constituição da República de 1988, conclui-se que nenhum dos fundamentos invocados pelo legislador ao criar o artigo 1.641, II do Código Civil brasileiro são capazes de amenizar tamanha violação aos direitos à liberdade e dignidade presentes no Estado Democrático de Direito.

Referências

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos De Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. V. 5



O CONCEPTUO COMO FIGURA ESQUECIDA PELA DOUTRINA MANUALESCA MODERNA

Marcela Simão Pires¹
Victória Venancio Silva²

1 Introdução

Personalidade é “aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações” (BEVILÁQUA, 2001, p.116). O artigo 2º do Código Civil de 2002 estabelece que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). No entanto, há uma divergência doutrinária e jurisprudencial de quando se dá o início da personalidade da pessoa natural, mas as teorias variam entre o nascimento com vida e a concepção. Porém, para sucessão testamentária há uma exceção: a sucessão por testamento pode ser deixada para os que não nasceram, ou mesmo para aqueles que ainda não foram concebidos, como previsto no Código Civil de 2002 nos artigos 1798 “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (BRASIL, 2002) e 1799:

Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; II - as pessoas jurídicas; III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação (BRASIL, 2002).

Apesar de serem assuntos passíveis de grande discussão e, ainda, de vasta utilidade na vida prática, há uma escassez de estudos a respeito. Dessa forma, serão apresentadas nesta pesquisa algumas das principais obras doutrinárias que tratam sobre a figura em questão. Neste contexto, insere-se o tema-problema deste trabalho, qual

¹ marcelapires98@hotmail.com. Aluna da Faculdade de Direito Milton Campos.

² viictoriasilvaa@hotmail.com. Aluna da Faculdade de Direito Milton Campos.

seja, o não tratamento da matéria, de forma minimamente completa, pela doutrina manualesca moderna. O referido estudo se justifica, portanto, em razão da busca por estudos na doutrina dentro de tal assunto, com objetivo de demonstrar e criticar a escassez de conteúdo aprofundado no que diz respeito ao concepturo.

2 Desenvolvimento

A sucessão testamentária para os concepturos, apesar de legítima, encontra-se como hipótese negligenciada, tanto no âmbito acadêmico quanto no prático. A figura prevista nos artigos supracitados desfrutaria de vasta aplicação na esfera social, uma vez que a possibilidade de dispor bens àqueles ainda não concebidos consiste em uma perspectiva extremamente benéfica para o autor da herança que escolher fazê-lo. Ora, mesmo com possível relevância prática, tais dispositivos são, em regra, inobservados pela doutrina e jurisprudência; os manuais de Direito Civil, em geral, abordam o tema de maneira rasa, ou sequer o aborda; a exemplo, tem-se parte da obra do renomado civilista Caio Mario da Silva Pereira:

É válida a disposição testamentária contemplando a prole eventual de determinada pessoa, ou estabelecendo uma substituição (v. n^{os} 456 4 471, *infra*), como lícita a deixa para uma pessoa jurídica ainda não constituída. Em tais casos, a transmissão hereditária é *condicional*, subordinando-se a aquisição da herança a evento futuro e incerto. O Código Civil de 2002, procurando dar solução explícita ao problema do *prazo de espera* para que ocorra a concepção do sucessor testamentário, fixou-o em dois anos, contados da abertura da sucessão: assim, se, a qualquer tempo dentro do biênio, nascer com vida o herdeiro esperado, tudo se passa como se já estivesse vivo ao tempo da morte do testador (art 800, § 3^o); se, no mesmo prazo, ocorrer ao menos a concepção, deve-se aguardar o nascimento do sucessor e o implemento da condição; se, porém, escoar-se o prazo sem que ocorra a concepção, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos (art 1.800, § 4^o), caducando a disposição testamentária. Enquanto não encerrado o prazo ou até que nasça, com vida, o herdeiro esperado (se tal nascimento se der antes do termo final do biênio), os bens da herança serão confiados, após liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz, cujos poderes, deveres e responsabilidades regem-se, no que couber, pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, e cuja identidade há de ser definida no próprio testamento, recaindo o encargo, na falta de nomeação, na pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro (art. 1800, §§ 1^o e 2^o) (PEREIRA, 2017, p. 26).

Ainda, tem-se na obra de César Fiuza apenas o trecho:

É perfeitamente válida a disposição testamentária em favor de prole eventual de certo indivíduo. O testador pode dispor a favor de crianças que ainda nem foram concebidas. Pode-se também dispor a fundação que ainda não foi constituída.

Em ambos os casos, a disposição testamentária é condicional. Caso a criança não venha a ser concebida, no prazo de dois anos, após abertura da sucessão, a herança se devolverá aos demais herdeiros, ou a outra pessoa indicada pelo próprio testador, em substituição. (FIUZA, 2015, p. 1281-1282).

Por fim, na produção de Paulo Nader, observam-se as seguintes disposições:

A sucessão por lei ou legítima segue a ordem da vocação hereditária. O Código Civil contém normas cogentes e dispositivas a respeito. As referentes aos herdeiros necessários são daquela natureza; as que favorecem a outros herdeiros são dispositivas. Os herdeiros necessários não podem ser afastados da sucessão por ato de vontade do autor da herança, ressalvadas as hipóteses de deserdação ou indignidade, que são penas previstas para certas condutas. O princípio da autonomia da vontade é impotente, fora estas hipóteses, para a substituição dos herdeiros necessários. São estes: descendentes, ascendentes, cônjuge. Havendo herdeiros necessários, a parte disponível da herança por testamento se limita à metade do patrimônio. Os herdeiros não necessários – colaterais até o 4º grau – podem ser preteridos mediante testamento. Ou seja, herdam apenas na falta de herdeiros necessários e quando terceiros não forem contemplados com a totalidade do acervo patrimonial. Tem-se a sucessão legítima, à vista do art. 1788 do Código Civil, em três situações: a) quando não houver testamento; b) havendo testamento, quanto aos bens por ele não alcançados; c) em caso de caducidade, rompimento ou nulidade do testamento (NADER, 2016, p. 32).

Além disso, pode-se mencionar que as obras manualescas modernas de Antônio José Tibúrcio (2005); Giselda Hironaka (2007); e Orlando Gomes (2007) apenas citam de modo vago e raso a questão, não abordando todas as implicações práticas que orbitam tal figura.

Pode-se dizer, inclusive, que a própria doutrina especializada moderna não tratou de dar o devido cuidado ao tema, já que poucos trabalhos o abordam, dentre eles podendo ser citada a obra de Cláudia do Nascimento Domingues (2012) e do clássico Sílvio de Salvo Venosa (2012).

Parece que o instituto perdeu espaço no Direito e na cultura jurídica moderna, pois deixou de ser muito estudado no início do século XX, tal como ocorreu com Pontes de Miranda (1983), para cair em segundo plano no atual cenário, de forma que os manuais pouco discorrem sobre.

3 Conclusão

Depreende-se, pois, que, mesmo com a possível aplicabilidade prática da sucessão testamentária para concepturos, pouquíssimo é falado na doutrina. Observa-se uma contínua inobservância da figura do concepturo e uma escassez de estudos a respeito.

Diante desse cenário em que há uma lacuna na doutrina no que diz respeito à figura prevista no artigo 1799, torna-se indispensável ressaltar, portanto, a necessidade do tema ser abordado de maneira mais frequente, em prol de uma benéfica aplicação prática.

Referências

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 2001.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

DOMINGUES, Cláudia do Nascimento. Transmissão da propriedade imobiliária ao concepturo na sucessão testamentária: aspectos práticos no registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo, Ano 35, V. 73, jul./dez., 2012. p. 85-149.

FIUZA, César. **Direito Civil – curso completo**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Capacidade Para Adquirir Por Testamento. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – direito das sucessões**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V.6

OLIVEIRA, Antônio José Tibúrcio. **Direito das Sucessões: estudo comparativo entre o Código Civil de 1916 e o Código vigente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.



Anais da XV Semana de Iniciação Científica: resumos dos grupos de trabalho
Nova Lima, 20 a 23 de novembro de 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – direito das sucessões.** 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. V.6

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. V. 7

O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Adimardo Peixoto de Figueiredo¹

Bruno Ramos Santana²

Felipe Quintella Machado de Carvalho³

Júlia Duarte Gomes Arantes⁴

Michael Victor da Silva⁵

Pedro Henrique Alves Tavares Araujo⁶

Ruan Dias Rodrigues⁷

1 Introdução

O direito à busca da felicidade tem ganhado caráter operacional cada vez mais relevante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Em 2011, o referido direito consistiu no principal argumento utilizado pelos Ministros da Corte no julgamento da ADI nº 4.277 e da ADF nº 432, em que se decidiu sobre a constitucionalidade da união estável homoafetiva, tendo sido vencedor o voto do Min. Ayres Britto, que fora designado relator.

Posteriormente, em 2016, o Tribunal voltou a utilizar o mencionado direito como argumento para a decisão sobre a pluri ou multiparentalidade, no julgamento do RE 898.060, cujo acórdão baseou-se no voto do relator designado, o Min. Luiz Fux.

Mais tarde, em 2017, na conclusão do julgamento do RE 878.694, em conjunto com o julgamento do RE 646.721, o Tribunal novamente se valeu do direito à busca da

¹ Membro do Grupo de Estudos CODEX (Ibmec BH). Estudante do 5º período do Curso de Graduação em Direito do Ibmec. adi_figueiredo@hotmail.com

² Membro do Grupo de Estudos CODEX (Ibmec BH). Estudante do 2º período do Curso de Graduação em Direito do Ibmec. brunosantana@brunosantana.com.br

³ Membro do Grupo de Estudos CODEX (Ibmec BH). Professor da Faculdade de Direito Milton Campos e do Ibmec BH; Doutor em Direito pela UFMG. felipe.quintella@gmail.com

⁴ Membro do Grupo de Estudos CODEX (Ibmec BH). Estudante do 2º período do Curso de Graduação em Direito do Ibmec. juliadgaduarte@gmail.com

⁵ Membro do Grupo de Estudos CODEX (Ibmec BH). Estudante do 1º período do curso de graduação em direito do Ibmec. maicomvictor@gmail.com

⁶ Membro do Grupo de Estudos CODEX (Ibmec BH). Estudante do 1º período do curso de graduação em direito do Ibmec. maicomvictor@gmail.com

⁷ Membro do Grupo de Estudos CODEX (Ibmec BH). Estudante do 5º período do Curso de Graduação em Direito do Ibmec. ruan@mktecnologia.net.

felicidade como fundamento do posicionamento vencedor, baseado no voto do Min. Edson Fachin, relator do acórdão (o voto do Min. Marco Aurélio, relator designado, acabou sendo vencido).

Por fim, em 2018, o direito à busca da felicidade voltou a ser utilizado como fundamento determinante no julgamento da ADI nº 4.275, em que se discutiu a possibilidade de alteração do nome de pessoa trans, para corresponder à identidade de gênero.

Neste trabalho, o que se pretende é verificar como o STF tem tratado do direito à busca da felicidade, e como tal direito tem sido o fundamento relevante de importantes decisões do Tribunal.

2 O direito à busca da felicidade no julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277

Percebe-se que o conceito de família passou por várias adequações e, contínua e gradativamente, passou a se adequar à demanda social, de acordo com a nova realidade propiciada pelo convívio em sociedade, buscando-se uma aceitação da existência de um, ou vários, modelos de família, independentemente de serem considerados padrões ou ideais.

O modelo de família passou por alterações significativas com o passar do tempo. Porém, vale ressaltar que a família nasce espontaneamente pelo simples desenvolvimento da vida humana, como aponta o pesquisador da Universidade Livre de Bruxelas, diplomado em Filosofia pela Universidade Católica de Louvain, Jacques Leclerc. Seja pelo instinto de perpetuação da espécie, seja pelo repúdio à solidão, o fato é que a dimensão que abarca as estruturas familiares é, sem dúvidas, muito ampla, haja vista que o seu conceito tem acompanhado as constantes transformações que permeiam a sociedade, sendo necessário princípios constitucionais que irão regê-las, em suas variedades, no âmbito jurídico.

Deixando de lado a família da antiguidade, em sua forma primitiva, é possível afirmar que a família brasileira tem como base a sistematização formulada pelo direito romano e pelo direito canônico. A família romana era formada por um conjunto de pessoas e coisas que estavam submetidas a um chefe: o pater famílias. Esta sociedade

primitiva era conhecida como a família patriarcal que reunia todos os seus membros em função do culto religioso, para fins políticos e econômicos e tinha o homem como provedor do lar e em sua composição se dava o pai, a mãe e os filhos. Porém com a evolução do direito das famílias, iniciou-se as novas formas de família. Com a constituição federal de 1988, que completou o seu 30º ano de vigência, e seus princípios- que visam garantir a dignidade da pessoa humana-, abriu-se a possibilidade para formação de diversas estruturas familiares.

Dentro as diversas estruturas podemos destacar alguns modelos que foram sendo formados de acordo com as mudanças de conceitos aceitáveis da sociedade e as necessidades de adequação para abranger todos os indivíduos e suas peculiaridades visando estabelecer a dignidade e reconhecimento da pessoa humana e principalmente a busca da felicidade - que foi um princípio usado pelo STF no caso sobre união homoafetiva (STF. ADPF 132, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2011) e vem sendo discutido com proposta de emenda constitucional nº 19/2012, o qual dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A seguir, podemos aferir alguns desses modelos reconhecidos de família que foram surgindo no decorrer das últimas décadas com as evoluções da sociedade, são elas: família matrimonial: única modalidade de família existente até a Carta Magna de 1988, que advém do casamento, na qual os indivíduos integram por vontade própria; temos também a família monoparental: formada apenas pela mãe ou pai e seus respectivos descendentes, ou seja, há somente a presença de um genitor responsável pelo sustento, educação e criação dos filhos; outra forma seria a família multiparental: trata-se do vínculo criado pela convivência harmônica entre diferentes pais ou mães, tendo estes, como objetivo em comum, a garantia dos interesses de seus filhos. Em outras palavras, pode-se dizer que se trata de uma família reconstruída, aonde um ou ambos os pais já vem de um relacionamento anterior, e trazem consigo seus filhos para a nova relação; seguimos com a família pluriparental ou mosaico: essa nova estrutura

familiar é aquela constituída através do matrimônio ou da união estável de um casal, onde um ou ambos de seus membros possuem filhos provenientes de relações anteriores; bem como a família eudemonista. Tal tipo de família é um conceito moderno que se refere a um grupo familiar buscando a realização plena de seus membros, e caracteriza-se pela comunhão de afeto, consideração e respeito mútuo entre as pessoas que a compõem. Recentemente e ainda tema de debate na atualidade a família homoafetiva: Esta é composta por duas pessoas do mesmo sexo, que via de regra, possui intenção de adotar crianças ou adolescentes para constituir família, a família simultânea/paralela: Enquadra-se nos casos em que um indivíduo mantém duas relações ao mesmo tempo, como por exemplo, a pessoa que é casada com uma pessoa, mantendo mantém a união estável com outra, logo podemos finalizar com a família anaparental: é integrada por pessoas que não guardam vínculo parental estrito ou consanguíneo. Pessoas “agregadas” também podem compor este modelo (vínculo afetivo).

Desta forma, pode-se observar que há diversos tipos de famílias constituindo o cenário brasileiro, o que acabou remodulando tal conceito e deixando para trás “digamos”, o modelo padrão de pai, mãe e filhos. Por outro lado, essas estruturas de família não são regularizadas na sua completude, pois a medida que as pessoas vão se conhecendo, se descobrindo e se relacionando, surgem novos tipos de famílias, novas configurações que necessitam ser reconhecidas, uma vez que nenhum indivíduo ou sujeito de direitos deve ser discriminado ou privado de suas garantias e direitos resguardado pela Constituição Federal de 1988, nem tão pouco ser discriminado por qualquer motivo como segue o texto do art. 3º, IV, do mesmo diploma legal, que expressa: – “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Necessário se faz uma adequação, quanto à regulamentação do casamento e da própria união estável homoafetiva, como também das diversas formas estruturais da família, uma vez que apesar de faticamente existir a muitos anos, é recente a aceitação da sociedade. Essa regulamentação é necessária para o direito sucessório, pois facilita a sua efetivação, a segurança e o resguardo do indivíduo inserido em algum desses diversos modelos de família e claro frisando a completa realização e dignidade da pessoa juntamente com a busca da felicidade.

Sendo assim o STF desenvolve um papel importante na adequação dessas diversas estruturas familiar, pois as jurisprudências e decisões proferidas, evidenciam o seu papel, de dar o significado real e válido das normas legais e da própria constituição federal e influenciam diretamente os juízes de primeira instância em decisões posteriores em questões jurídicas de reconhecimento e legitimidade das famílias, sendo como um norteador daquilo que deve ser tomando como princípio. Subsequente, o profissional que atua no direito se baseiam nessas decisões, pois a jurisprudência é uma forma de ajuda-lo em sua fundamentação de petições no mesmo aspecto jurídico, fazendo uso de uma decisão advinda de um juiz que tem a incumbência de ser imparcial.

De extrema importância, ainda, mencionar sobre a aceitação da sociedade desses novos modelos de família, que vem ganhando espaço e cada vez mais vem sendo reconhecidas. É evidente que quando a própria lei regula essas novas estruturas, torna-se mais simples para a sociedade aceitar e entender que da mesma forma que o direito esta acompanhado as mudanças da sociedade, a mesma deve aceitar que todos têm o direito de buscar a felicidade da maneira que lhe parecer melhor, não sendo limitados ou impedidos por meras questões de preconceitos e negação da maioria que se coloca como padrão a ser seguido, e com as regulamentações dessas diversas formas, expõe uma legitimidade, como também de certa forma, um mínimo de respeito dos demais que entenderam que a atitude de discriminar pode acarretar sanções a discriminação. Por todo o exposto, é necessário fazer uso do direito como ferramenta de controle social, legitimando as diversidades dos indivíduos inseridos em uma sociedade democrática de direito, dando-lhe condições de desenvolver ao máximo seu potencial, tendo sempre em mente a busca pela felicidade e dignidade da pessoa humana.

3 O direito à busca da felicidade no julgamento do RE nº 898.060

O Recurso Extraordinário nº 898.060, julgado pelo STF em 2016, serviu para a consolidação dos direitos à busca da felicidade e à realização plena, no âmbito do Direito Civil brasileiro, traduzindo-se na “dignidade da pessoa humana (art.1º, III da Constituição e 1988), e como dois de seus objetivos fundamentais construir uma

sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Outro aspecto relevante ao direito civil tratado no RE 898.060 é a discussão do rol exemplificativo presente no art. 226 § 3º e § 4º da CR/88, pois com os avanços no reconhecimento da entidade familiar homoafetiva e da sociedade, entendeu-se que este rol não é taxativo, podendo ser acrescido com a presente discussão de diferenciação entre paternidade biológica e paternidade socioafetiva, optando pela não imposição de uma distinção destes, por ser considerado discriminação ao levar em conta um possível tratamento diferenciado pela lei.

Este critério de afetividade já foi utilizado inclusive no Código de 1916 pela doutrina e jurisprudência para evitar a discriminação entre filhos legítimos, ilegítimo e legitimados e equalizar situações de injustiça reconhecendo o vínculo parental daqueles que utilizassem o nome da família, sendo tratado como filho pelo pai e tivesse o reconhecimento da comunidade como descendente.

Concluindo-se pela abertura de margem para o reconhecimento da pluriparentalidade, conforme Repercussão Geral nº 622 “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” extraídos do próprio acordão e possivelmente sendo favorável ao reconhecimento do poliamor ou união poliafetiva, quando vier a ser suscitado no tribunal, proporcionando uma grande modificação e reconhecimento de direitos aos abarcados por essas possibilidades ainda não abrangidas pelo direito civil brasileiro.

4 O direito à busca da felicidade no julgamento da ADI nº 4.275

No dia 1º de março de 2018, em sessão plenária, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275, em que os ministros unanimemente entenderam pela possibilidade de alteração de nome e gênero no registro civil de pessoas trans, mesmo sem a realização prévia de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

O pleno do STF aderiu a muitos dos argumentos do relator designado, o Min. Marco Aurélio, o qual utilizou como argumentos em seu voto os direitos à busca da

felicidade e ao autodescobrimento, nos seguintes termos: “[é] inaceitável, no Estado Democrático de Direito, inviabilizar a alguém a escolha do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo, pleno e feliz, da própria jornada”. Outros ministros complementaram seus votos usando o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR/88), da igualdade (art. 5º, *caput*, CR/88), da privacidade (art. 5º, X, CR/88), da liberdade (art. 5º, *caput*, CR/88), o direito ao próprio corpo (arts. 13 e 15, CC/2002), direito ao nome (art. 16, CC/2002), como base para seus votos a favor da alteração do nome de pessoa “trans”.

Os votos dos membros do STF somente tiveram divergências sobre os requisitos necessários para a respectiva alteração. Os ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski acreditavam que a mudança careceria de autorização judicial; outra vertente foi a do relator originalmente designado, o Min. Marco Aurélio, que julgou necessário, para a alteração, o procedimento de jurisdição voluntária. O restante dos ministros, todavia, entendeu que não seria necessária autorização judicial para a alteração.

Assim sendo, ficou decidido, de acordo com a maioria, que a autorização judicial não era necessária para a mudança. Alguns ministros fizeram ressalva sobre a decisão — entre eles, o Min. Ricardo Lewandowski —, sobre a questão da mudança sem autorização judicial, pois, segundo o mesmo,

cabe ao julgador, à luz do caso concreto e vedada qualquer forma de abordagem patologizante da questão, verificar se estão preenchidos os requisitos para a mudança. Para isso, poderá se valer de depoimentos de pessoas que conheçam o solicitante ou outros meios de prova, como declarações de médicos e psicólogos.

Complementou o Ministro:

a mudança pode afetar terceiros, como credores, e ter impacto no que diz respeito à Justiça Penal, como antecedentes criminais. Portanto, a decisão judicial reduziria a possibilidade de eventuais fraudes e evitaria uma série de mandados de segurança, caso cartórios se neguem a aceitar mudanças por conta própria.

Portanto, pode-se considerar a decisão do STF como um marco na luta pela igualdade de direitos, conforme consignado pela Min. Cármen Lúcia em seu voto: “a diferença na aparência não pode servir de motivo para impedir a igualização de todos os direitos, principalmente ao direito fundamental à felicidade”. Esse entendimento irá tornar mais fácil a vida de várias pessoas “trans” no Brasil, que não precisarão mais se sentir constrangidas em serem chamadas por nomes com os quais não se identificam, e não terão que passar por intervenções cirúrgicas para se adaptar e se aceitarem.

5 Conclusão

É perceptível, do exame dos julgados do Supremo Tribunal Federal sobre Direito Privado na última década, que o direito à busca da felicidade tem ganhado cada vez mais papel de destaque, com caráter operacional, como fundamento determinante de importantes decisões do Tribunal.

Nesse sentido, é possível afirmar que as decisões em que o direito à busca da felicidade tem sido utilizado como argumento principal contribuem para alcançar os objetivos da República, estabelecidos pela Constituição de 1988, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e de promover o bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza.

Referências

DIAS, Maria Berenice. **Trans-viver**. 2018. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Trans-viver.pdf>>. Acesso em 28/10/2018.

POMPEU, Ana. STF autoriza pessoa trans a mudar nome mesmo sem cirurgia ou decisão judicial. *ConJur*, 1 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/stf-autoriza-trans-mudar-nome-cirurgia-ou-decisao-judicial>>. Acesso em 28/10/2018

STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo. Supremo Tribunal Federal, 1 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?id>>. Acesso em 28/10/2018.



Anais da XV Semana de Iniciação Científica: resumos dos grupos de trabalho
Nova Lima, 20 a 23 de novembro de 2018.

STF reconhece às pessoas trans o direito de alteração no registro civil sem necessidade de cirurgia de transgenitalização. IBDFAM, 1 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6548/STF+reconhece+%C3%A0s+peessoas+trans+o+direito+de+altera%C3%A7%C3%A3o+no+registro+civil+sem+necessidade+de+cirurgia+de+transgenitaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 28/10/2018.

A TEORIA DA IMPREVISÃO COMO UMA FORMA DE MITIGAÇÃO DO *PACTA SUNT SERVANDA*

Adimardo Peixoto de Figueiredo¹
Ruan Dias Rodrigues²

1 Introdução: uma breve contextualização histórica

Após um período de tempo fora do ordenamento jurídico brasileiro e dos demais países, a teoria da onerosidade excessiva decorrente da cláusula *rebus sic stantibus* ressurge juntamente com a 1ª Guerra Mundial no início do século XX, contudo, o código civil brasileiro de 1916 não previa sua hipótese e nem aplicação deste instituto.

A teoria da onerosidade excessiva surgiu como um meio de resolução de contratos sucessivos e diferidos devido à alta onerosidade que estes possuíam depois de iniciada a guerra, requerendo uma presença ativa do magistrado para a modificação da prestação devida, ou, a resolução do contrato. Com o advento da nova legislação do Código Civil de 2002 em seus artigos 478 a 480 e ligados ao art. 317 fez-se necessário a delimitação de requisitos para sua aplicação, pois os contratos ainda seguiam o princípio do *pacta sunt servanda* como absoluto, gerando assim uma insegurança jurídica caso houvesse uma aplicação indiscriminada deste instituto e uma lesão aos direitos da parte que não pudesse se utilizar deste instituto para rever as condições acordadas.

De acordo com a regra do *pacta sunt servanda* os contratos devem ser cumpridos naquilo em que forem acordados, contudo o entendimento atual é de que o contrato é muito mais um objeto de demonstração de vontade das partes diante da análise das circunstâncias no momento da celebração (NICODEMOS, 2013). Devido a isto, nos contratos comutativos e de execução continuada ou diferida cabe pelas partes a elaboração de uma cláusula que preveja em casos de modificação substancialmente econômica da prestação devida, a resolução do contrato ou a redução das prestações, mas, que se mantém inerte até que qualquer alteração superveniente à celebração do contrato atinja a situação estipulada pelas partes, sendo um evento imprevisível e

¹ Estudante do 5º período do Curso de Graduação em Direito do Ibmec. adi_figueiredo@hotmail.com.

² Estudante do 5º período do Curso de Graduação em Direito do Ibmec. ruan@mktecnologia.net.

extraordinário. São condições necessárias para que surja o direito de discussão no judiciário.

Diante do exposto, visa-se esclarecer quais são os motivos supervenientes extraordinários e imprevisíveis que fazem com que surja para as partes a possibilidade de rever ou resolver os contratos e, até quando a intervenção judicial é necessária para assegurar a real vontade das partes no momento da celebração do contrato.

2 Onerosidade excessiva como um reforço do *pacta sunt servanda*

Antes de adentrarmos mais profundamente na teoria da imprevisão é fundamental a elucidação do chamado pela doutrina de “dirigismo contratual”, instituto que funciona como pilar para sua aplicação, para isto adotamos o conceito utilizado por ilustres professores em seu livro e sua atuação:

Adaptado à nova realidade jurídica, o vetusto princípio da autonomia da vontade se transmuta em **princípio da autonomia privada**, segundo o qual o Direito respeita a liberdade contratual e a liberdade de contratar das partes, mas se reserva um espaço de atuação com o intuito de intervir na relação contratual, sempre que necessário, para garantir a dignidade dos contratantes e, assim, promover a **função social do contrato**. Essa intervenção ficou conhecida como **dirigismo contratual**. Em síntese, o Estado pode intervir no contrato em três esferas: (1) para impor a contratação; (2) para impor ou proibir cláusulas; (3) para rever o conteúdo do ajuste (DONIZETTI; QUINTELLA, 2017, p. 531).

Como asseverado anteriormente e com foco no n° 3 da citação anterior, para a aplicação da teoria da onerosidade excessiva que decorre da cláusula “*rebus sic stantibus*”, impõe-se certos requisitos para que a mitigação do “*pacta sunt servanda*” não se dê imotivadamente. O primeiro destes requisitos trata-se da superveniência de evento extraordinário imprevisto ou imprevisível, pois, em regra, não se pode aplicar o instituto antes da celebração do contrato, já que ambas as partes possuem conhecimento do fato (comutatividade) e se mesmo assim optarem pela celebração do contrato acabariam assumindo o risco considerando a vontade das partes. O binômio fato extraordinário e superveniente acompanhado da onerosidade excessiva deve ser atendido de maneira que fique demonstrado que houve um desequilíbrio econômico

para uma das partes ou em alguns casos até para ambas. Alguns exemplos de fatos extraordinário e imprevisíveis de forma superveniente podem ser: a guerra, o estado de calamidade pública decorrente de força maior ou a presença de uma greve repentina que se enquadre em caso fortuito causando uma escassez.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendido que algumas situações mercadológicas não constituem eventos imprevisíveis, como a escalada inflacionária. Esse argumento está incompleto devido ao fato de que não só o evento imprevisível em si deve ser levado em consideração, mas as consequências imprevisíveis que ele traz como uma provável falta de um insumo no mercado devido à alta inflação. Em regra, os contratos abarcados pela teoria da imprevisão devem ser bilaterais, onerosos e comutativos.

Contudo, a doutrina do Professor Flávio Tartuce (2015, p. 179) ainda sustenta a revisão contratual em casos de contratos unilaterais desde que os contratos sejam onerosos (art. 480 CC) como é o caso da doação por subvenção periódica, e ainda em contratos aleatórios desde que o evento extraordinário e imprevisível gerador da onerosidade excessiva não recaia sobre a álea do contrato, mas tão somente sobre a parte comutativa do contrato como é o caso do pagamento do prêmio nos seguros.

É possível ainda verificar a revisão do contrato por fatos anteriores à celebração como é no caso do vício de consentimento, como por exemplo a lesão, em que há uma submissão a uma prestação manifestamente desproporcional por uma das partes que geralmente é inexperiente ou está sob premente necessidade (caracterizando hipossuficiência), a revisão opera-se na forma do art. 157, §2º do CC, quando a parte beneficiada com a lesão oferece suplemento suficiente visando equilibrar o contrato ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. O problema nesses casos não está na superveniência do fato, mas sim na formação do contrato.

Parte da doutrina (TARTUCE, 2015, p.178) também entende que a mera oscilação econômica não deve ser objeto de aplicação da cláusula, contudo a discordância desse posicionamento no sentido que essa mera oscilação econômica na prestação do contrato deve ser aferida caso a caso de maneira a averiguar qual é o nível de hipossuficiência da parte atingida. Aí se faz necessária atuação do Poder Judiciário através da aplicação da jurisdição no caso concreto, com o magistrado, percebendo a

situação de hipossuficiência causada pela onerosidade excessiva a uma das partes intervém primeiramente propondo e promovendo a revisão do valor da prestação e tão somente se está não puder ser equilibrada, a resolução contratual poderá ser uma alternativa.

Segundo Tartuce (2015, p. 186) a revisão contratual por onerosidade excessiva estaria prevista na verdade no art. 317 do CC uma vez que este artigo trata da possibilidade de revisão por desproporção manifesta entre o valor da prestação da dívida e o valor do momento de sua execução. Tratando assim somente da prestação com fito em sua correção e não do negócio jurídico completamente gerando a sua resolução como é no art. 487 do CC/02 nesse sentido também corrobora Paulo Luiz Netto Lôbo citado pelo Professor Flávio Tartuce em seu livro (2015, p. 186).

Vale a pena salientar que não só o fato imprevisível gerador da onerosidade excessiva em si, deve ser considerado para que a revisão seja operada, mas também as consequências imprevistas dessas causas que atingem os contratantes. Ademais, consideram-se motivos imprevisíveis aqueles que são alheios à vontade das partes e à sua atuação culposa.

Outra discussão doutrinária perpassa sobre a questão da mora e se ela inibiria a aplicação da cláusula, se tornado um verdadeiro pré-requisito não estar constituído em mora para que a revisão seja feita. Contudo a jurisprudência do STJ e o enunciado 354 CJF/STJ da IV jornada de Direito Civil entende que: “A cobrança de encargos e parcelas indevidas ou abusivas impede a caracterização da mora do devedor” (BRASIL, 2018). Tomamos a liberdade de discordar desse posicionamento, uma vez que não podemos negar o instituto ao devedor em mora sendo que o que se discute é a necessária comutatividade das prestações acordadas o que seria um método de justiça contratual e proteção da função social, a aferição em alguns casos concretos pode demonstrar situações em que o devedor se encontra em mora justamente por conta de haver uma manifesta desproporção da prestação avençada sob determinadas circunstâncias ao tempo do contrato e a que ele atualmente deve.

3 Conclusão

Neste trabalho, entende-se que, a teoria da imprevisão em sua essência acaba por

intrinsecamente superar o *pacta sunt servanda* no que toca a manifestação de vontade das partes e de sua garantia, que no momento da celebração do contrato e em determinadas circunstâncias. Portanto pode-se concluir em que em regra os contratos devem ser cumpridos quando mantidas as condições da época em que foi celebrado (*rebus sic stantibus*), contudo, alteradas essas condições, opera-se a revisão contratual através da ação revisional que visa estabelecer o *status quo ante* utilizando-se da teoria da imprevisão. Essa medida além de assegurar a conservação contratual e proteção da parte hipossuficiente, ainda assegura a real vontade das partes ao tempo da celebração do contrato que nasce justamente diante das análises daquelas condições presentes em um determinado espaço de tempo, e já que o contrato tem que ser cumprido, há de ser cumprido objetivamente de acordo com a vontade das partes fazendo prevalecer novamente um meio de *pacta sunt servanda* relativizado, de modo que, o magistrado ou tribunal arbitral tenha um papel efetivo inicialmente como conciliador e em caso de desacordo entre as partes, exerça sua jurisdição de modo mais justo quando se envolve o judiciário.

Referências

- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. CJF – Enunciados: Enunciado 354. In: **IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/427>> Acesso em: 30 de out. 2018.
- DONIZETTI, Elpídio, QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- NICODEMOS, Erika Cassandra de. O contrato e sua revisão: imprevisibilidade e onerosidade excessiva. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 12 de set., 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=43283_&ver=1644>. Acesso em: 30 de out. 2018.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécies**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. V. 3.

USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL E LIMITES LEGAIS DIMENSIONAIS: *DURA LEX SED LEX*

Danielle Camile Oliveira Fonseca¹
Marcos Hilário Rodrigues Moutinho²
Orientadora: Aline França Campos³

1 Introdução

A propriedade é um direito fundamental, consubstanciado no caput e inciso XXII do artigo 5º da Carta Magna. Destarte, no campo dos Direito Reais, a propriedade possui oponibilidade *erga omnes*, o que faz surgir, para toda a sociedade, o dever geral de abstenção. Todavia, o direito de propriedade não é absoluto, encontrando limites hierarquicamente iguais, como a função social da propriedade (art. 5º, XIII, CR/88) e o direito à moradia (art. 6º, CR/88) (BRASIL, 1988). Nesse contexto, encontra-se a usucapião que, em termos gerais, pode ser conceituada como “modo de adquirir o domínio ou outros direitos reais pelo decurso do tempo condicionado à posse incontestada e ininterrupta” (DONIZETE; QUINTELLA, 2017, p. 733), considerando-se como uma das formas originárias de aquisição da propriedade.

O presente resumo visa aclarar a divergência doutrinária que surgiu no ordenamento jurídico brasileiro sobre a possibilidade de usucapir determinada propriedade, pela modalidade especial rural, quando a área possuída é superior a cinquenta hectares, beneficiando-se o usucapiente de prazo reduzido em relação à usucapião ordinária ou extraordinária.

¹ Acadêmica de graduação do 10º período da Faculdade de Direito Milton Campos, pesquisadora voluntária e monitora de direito penal parte geral em 2º/17 e 1º/18 e de direitos reais em 2º/18 pela Faculdade de Direito Milton Campos

² Acadêmico de graduação do 10º período da Faculdade de Direito Milton Campos, monitor de prática jurídica cível e empresarial em 1º/18 e 2º/18 pela Faculdade de Direito Milton Campos.

³ Pós-Doutora pela UFPR. Pós-doutora, Doutora e Mestre pela PUCMG. Graduada em Direito pela UFMG. Professora Adjunta da FDMC. Advogada.

A pesquisa jurisprudencial a respeito do tema foi realizada com enfoque à linha de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

2 Desenvolvimento

2.1 Discussão

A modalidade de usucapião especial rural também denominada como usucapião constitucional, *pro labore* ou agrária, possui caráter social e tem por objetivo a concretização de uma política agrícola, transformando áreas que não eram utilizadas em produtivas (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 447). Essa modalidade de usucapião encontra previsão legal no art. 191 da CR/88, art. 1.239 do Código Civil. Dessa feita, faz-se necessário que o usucapiente preencha os requisitos exigidos pelo legislador de forma cumulativa, quais sejam: (1) posse *ad usucapionem*⁴; (2) ausência de propriedade de outro imóvel; (3) exercício de moradia sobre a área pretendida; (4) transformação do terreno em área produtiva por seu trabalho ou de sua família; (5) posse de cinco anos ininterruptos; (6) posse de área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares.

A controvérsia posta em análise para sobre o último requisito, isto é posse exercida em área superior a cinquenta hectares de terra. Suponhamos que Joaquim⁵, senhor de idade avançada que não possui moradia para si e para os filhos, cumpra todos os requisitos da usucapião especial rural, mas a área de sua posse é 80 hectares. Caso Joaquim pretendesse usucapir toda a área possuída, que supera 50 hectares⁶, a modalidade de usucapião aplicada ao caso seria a ordinária ou extraordinária⁷ que preveem, como um dos requisitos, a posse exercida por, no mínimo, 10 ou 15 anos⁸, respectivamente. Entretanto, caso Joaquim pretendesse usucapir apenas 50 hectares da

⁴ Posse mansa, pacífica e contínua.

⁵ Personagem fictício.

⁶ Limite dimensional máximo da área possuída.

⁷ Modalidades de usucapião que independem da área do terreno ou da área de posse.

⁸ Tais prazos podem ser reduzidos para 5 ou 10 anos, nos casos do art. 1.242, parágrafo único, Código Civil e art. 1.238, parágrafo único.

área possuída, renunciando os 30 hectares excedentes, poderia optar pela modalidade da usucapião especial rural, beneficiando-se pelo prazo de 5 anos de exercício de posse?

Para parte da doutrina⁹, se permitido, burlado estaria o dispositivo constitucional em exame. Se a posse *ad usucapionem* está sendo exercida sobre área de 80 hectares, o proprietário, por certo, acredita que o imóvel só poderá ser usucapido pela modalidade ordinária ou extraordinária, que preveem, como já mencionado, o prazo de dez ou quinze anos de posse ininterrupta, respectivamente. Apesar disso, passados cinco anos, inesperadamente, o possuidor ajuíza ação de usucapião especial rural, requerendo a aquisição de apenas 50 hectares. Tal permissão daria ensejo a duas complicações: a primeira delas é a de que bastaria que o usucapiente tornasse produtiva área maior que 50 *ha* (exemplo de Joaquim), aguardasse o decurso de cinco anos e, depois de preenchidos os demais requisitos do art. 191, CR/88, usucapisse pela modalidade especial rural, contornando o dispositivo constitucional e surpreendendo o proprietário, que acreditava que só poderia perder a propriedade passados dez ou quinze anos de posse ininterrupta, e não apenas cinco anos.

A segunda é a de que o primeiro comportamento do usucapiente – de exercer posse em área de 80 hectares – é contraditório ao segundo comportamento de optar por apenas 50 hectares para a usucapião constitucional, o que seria inaceitável em razão da vedação ao *venire contra factum proprium*. Tal posicionamento também é consolidado pelo Enunciado n. 313 da IV Jornada de Direito Civil: “Quando a posse ocorre sobre área superior aos limites legais, não é possível a aquisição pela via da usucapião especial, ainda que o pedido restrinja a dimensão do que se quer usucapir.” (BRASIL, 2018 a).

Em que pese os argumentos *supra* explanados, outra parte da doutrina¹⁰ é favorável à possibilidade de usucapir 50 hectares, ainda que área da posse seja superior, desde que o usucapiente renuncie o excedente aos 50 hectares de área possuída. Na medida em que a finalidade da usucapião *pro labore* é tornar a terra não utilizada em produtiva e assegurar moradia ao usucapiente, a função social da propriedade e o direito à moradia tornam-se fundamentos basilares desse posicionamento. Assim, a partir da

⁹ Como os autores José Carlos de Moraes Salles; Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.

¹⁰ Como os autores Celso Ribeiro Bastos; Flávio Tartuce e José Fernando Simão;

técnica de ponderação, a função social da propriedade prevista no art. 5º, XXIII da CR/88 e o direito à moradia constante do art. 6º, da CR/88 devem prevalecer sobre a alegação de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) segundo Tartuce e Simão (2013). Portanto, no caso de Joaquim, seria plenamente possível a aquisição de apenas 50 hectares, desde que renunciasse o excedente, de tal forma que não haveria razão em “apenas aquele que pelo seu denodo conseguiu laborar gleba de terra maior do que a passível de usucapião especial” (BASTOS, 1990, citado por SALLES, 2005, p. 353). Percebe-se que este entendimento contraria a disposição do mencionado Enunciado n. 313 da IV Jornada de Direito Civil.

Os argumentos de ambos os posicionamentos encontram respaldo legal e podem servir de amparo para possíveis interpretações de casos concretos a serem dadas pelos Tribunais Superiores. Conforme será demonstrado, ainda há um grande caminho a ser percorrido até a uniformização do entendimento sobre o tema.

2.2 Resultados

Inicialmente, importante ressaltar que não foram encontradas decisões específicas do tema na modalidade de usucapião especial rural. Em razão disto, passamos à análise mais ampla, sobre decisões que se referiam à usucapião urbana, uma vez que a mesma interpretação dada acerca da flexibilização ou não do critério dimensional poderia ser aplicada, por analogia, à usucapião rural.

Em pesquisa realizada nos sítios de jurisprudência do STF e do STJ foi constatado que não houveram manifestação do mérito sobre o tema, tendo em vista que a questão demandaria uma reapreciação das provas e fatos dos autos, o que inviabiliza os recursos extraordinário¹¹ e especial¹², em que pese conste no corpo do texto de algumas decisões citações do tribunal *a quo* a respeito do tema.

Em julgamento do Ag. Reg. em Agravo de Instrumento nº 857.803 (BRASIL, 2018 c), o STF citou trecho da interpretação dada pelo tribunal *a quo* (TJMG) que

¹¹ Súmula 279 do STF;

¹² Súmula 07 do STJ;

permitiu a usucapião de apartamento em que a posse não superava a área de 250 m², embora a área total do terreno que situava o edifício superasse esse limite.

Nas jurisprudências do STJ em algumas decisões foi encontrado a autorização para usucapião em posse que não ultrapasse o limite legal, mas se encontrem em área maior – como na decisão do STF citada acima; mas também em sentido oposto¹³. Decisão importante a respeito do tema é a decidida pelo TJPR citada no AREsp 226.606 (BRASIL, 2018 b) na qual o tribunal de origem afirma a pacificação da matéria:

Em que pesem alguns embates doutrinários se posicionem de forma divergente acerca da metragem da usucapião especial, restou pacificado que tal limite se impõe a área sobre a qual efetivamente tenha a posse usucapiente. Isso significa que estando o imóvel em área maior, deve-se proceder a análise de quanto é a parcela territorial realmente utilizadas pelos usucapientes (BRASIL, 2018 b, p. 3).

Por fim, também foram verificadas controvérsia sobre a possibilidade de usucapir apenas o limite autorizado quando a posse é exercida em área maior (situação em análise no presente resumo)¹⁴.

A pesquisa jurisprudencial no âmbito do TJMG revela que o entendimento comumente adotado tem admitido a usucapião urbana ainda que a área total do terreno seja superior a 250m², desde que a posse se atenha ao limite dimensional¹⁵, e tem vedado a usucapião urbana nos casos em que a área da posse supere os limites legais¹⁶.

¹³ Sobre estes temas encontramos que AREsp 847.820 (2016) tribunal de origem do estado do Paraná, citando-o; AREsp 347.178 (2013) tribunal de origem: Tribunal Regional Federal da 5ª região citando o tribunal de origem; EDcl no AREsp 105.7373 (2018) tribunal de origem do estado do Tocantins de citado o tribunal de origem. Em posicionamento diametralmente oposto foram citadas decisões no REsp 951.770 (2014) tribunal de origem do estado do Rio Grande do Sul – foram citados vários trechos de decisões nesse sentido).

¹⁴ Nesse sentido observamos as decisões: AREsp 233.821 (2016) tribunal de origem do estado do Rio de Janeiro, citando o voto condutor do acórdão; REsp 951.770 (2014), tribunal de origem do estado do Rio Grande do Sul, citando o voto condutor do aresto impugnado; AREsp 226.606 (2013) tribunal de origem do estado do Paraná, citando a decisão do tribunal de origem e confirmando-a. Em posicionamento diametralmente oposto: AREsp 877.467 (2016) tribunal de origem do estado do Rio de Janeiro, citando decisão do tribunal *a quo*; AREsp 827.505 (2016), tribunal de origem do estado de São Paulo, citando tribunal *a quo*;

¹⁵ Verificamos nesse sentido as seguintes decisões: Apelação Cível 1.0271.11.007122-9/001 (2014) que também citou os seguintes julgados: Apelação Cível 1.0433.09.301608-0/001 (2013) e Apelação Cível 1.0027.01.014037-7/001 (2006);

¹⁶ Apelação Cível 1.0271.11.007122-9/001 (2014); Apelação Cível 1.0183.05.100026-7/001 (2016); Apelação Cível 1.0352.04.018551-9/001 (2014);

Não encontramos divergências com relação às decisões desse tribunal, mas não há julgados recentes que corroboram tal entendimento.

3 Conclusão

Entrementes, a precária (para não dizer ausente) apreciação pelos Tribunais Superiores revela a urgente necessidade garantir a segurança jurídica a respeito do tema, tendo em vista a ausência de unanimidade demonstrada.

Em que pese os argumentos trazidos pela doutrina de melhor qualidade, ousamos em discordar de alguns deles. Primeiramente, embora haja a facilitação da burla ao dispositivo constitucional, a má-fé, sob a égide do Código Civil Brasileiro de 2002, não pode ser presumida. Por outro lado, apesar de serem direitos hierarquicamente iguais ao direito de propriedade, a ideia de que a função social da propriedade e o direito à moradia não devem se sobrepor aos limites estabelecidos pelo legislador, ainda que a lei se mostre, de certa forma, exagerada ao prever limites claros de dimensão em que a área da posse deve ser exercida para cada modalidade de usucapião. Os inúmeros requisitos estabelecidos pelo legislador atinentes às diversas espécies de usucapião permitem adequar cada caso concreto a uma hipótese dessa aquisição originária da propriedade, de tal forma que a flexibilização de um desses requisitos implica na alteração da modalidade de usucapião, não se tratando de mero excesso de rigor formal.

Nesse diapasão, a diferenciação entre *área do terreno* e *área de posse* sobre o terreno podem ajudar na compreensão da divergência imposta, podendo sinalizar possível solução para a problemática. O limite dimensional estabelecido pelo legislador é referente à *área da posse*, e não à *área do terreno*. Portanto, acaso o usucapiente exerça posse sobre 50 hectares de terra localizada em um terreno de 500 hectares, estará preenchido o requisito do limite espacial para fins de usucapião especial rural. Pouco importa a área do terreno, e sim a área da posse.

Dessa forma, para fins de usucapião agrária, deve ser analisada a extensão da área na qual o possuidor exerce poder fático de maneira plena ou não sobre algum dos poderes do domínio, conforme art. 1.196, do Código Civil, que não poderá ultrapassar 50 hectares.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal. Diário Oficial da União. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. **Código Civil**: lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **IV Jornada de Direito Civil**. Vedação a posse sobre área superior aos limites legais para aquisição de usucapião. Disponível: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/320>>. Acesso em: 27 nov. 2018 a.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Autorização para usucapião em posse que não ultrapasse o limite legal. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=26255282&num_registro=201201878500&data=20130207&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2018 b.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Usucapião sobre área maior de condomínio de apartamento. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3461869>>. Acesso em: 27 nov. 2018 c.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Usucapião urbano. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=61266918&num_registro=201600134777&data=20160527&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2018 d.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Usucapião urbano. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=32640139&num_registro=201301582498&data=20131127&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2018 e.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Usucapião urbano. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=74818683&num_registro=201700345011&data=20180503&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2018 f.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Usucapião urbano. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=74818683&num_registro=201700345011&data=20180503&formato=PDF>.



encial=33800947&num_registro=200701118997&data=20140307&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2018 g.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Usucapião urbano. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=61520632&num_registro=201202007869&data=20160607&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2018 h.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Usucapião urbano. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=33800947&num_registro=200701118997&data=20140307&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2018 i.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Usucapião urbano. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=26255282&num_registro=201201878500&data=20130207&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2018 j.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Usucapião urbano. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=62697408&num_registro=201600573849&data=20160801&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2018 k.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Usucapião urbano. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=59313856&num_registro=201503076476&data=20160428&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2018 l.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONIZETTI, Elpídio e QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 6 Ed. São Paulo: Gen. Atlas, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12 Ed. Juspodivm, 2016.

IMHOF, Cristiano. **Código Civil**. 6 Ed. Atlas, 2014.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Usucapião urbano. Disponível: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp?numero=undefined>>. Acesso em: 27 nov. 2018 a.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Usucapião urbano. Disponível: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=5&procC>>



[odigo=1&procCodigoOrigem=183&procNumero=100026&procSequencial=1&procSeqAcordao=0>](#). Acesso em: 27 nov. 2018 b.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Usucapião urbano. Disponível:

<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=4&procCodigo=1&procCodigoOrigem=352&procNumero=18551&procSequencial=1&procSeqAcordao=0>>. Acesso em: 27 nov. 2018 c.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Revista e atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 26 ed. Rio de Janeiro: Gen. Editora Forense, 2018.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. 6 Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Regina Beatriz Tavares (coord.); FIUZA, Ricardo [Coordenador até a 5 ed]. **Código Civil Comentado**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil IV**. São Paulo: Método, 2013. V.4.

A RATIO DECIDENDI EM MASTERPIECE CAKESHOP v. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION: FORMAÇÃO E PERSPECTIVAS

Rodrigo Barbosa Chaves Pôssas¹

Luísa Cunha Machado²

1 Introdução

O presente resumo apresenta um caso ocorrido no estado do Colorado/EUA, em que um casal homossexual que pretendia se casar procurou uma confeitaria chamada Masterpiece Cakeshop Ltd., no intuito de encomendar um bolo para a celebração da cerimônia.

Contudo, ao relatarem para o confeitiro e dono do estabelecimento, Jack Philips, qual era a finalidade do bolo, ele informou ao casal que não seria possível aceitar a encomenda, uma vez que suas convicções religiosas se opunham à união homossexual. Não obstante, Jack Philips colocou-se à disposição para vender bolos de aniversários ou outros doces quaisquer, exceto aqueles que demandavam confecção específica para a celebração de um casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Inconformado, o casal apresentou reclamação perante a Comissão de Direito Civil do Colorado. Em síntese, foi alegada violação à *Colorado Anti-Discrimination Act (CADA)* - lei estadual que proíbe atos discriminatórios contra qualquer cidadão com base em sexo, credo, etnia, etc. - posto que eles teriam sido discriminados pelo confeitiro em virtude de sua orientação sexual.

Philips, por sua vez, alegou que o motivo de ter se recusado a fazer o bolo não estava relacionado à orientação sexual do casal, e, sim, à mensagem que queria se passar com a encomenda, ou seja, a celebração de um casamento homossexual, fato este que ia contra sua religião. Alegou, ainda, que o governo não poderia puni-lo, pois tal ato

¹ rodrigopossas@gmail.com. Matriculado regularmente no 6º período da Faculdade de Direito Milton Campos.

² luisacunhamachado@gmail.com. Matriculada regularmente no 7º período da Faculdade de Direito Milton Campos.

violaria sua liberdade religiosa e de expressão, garantidas na Primeira Emenda da Constituição Federal Norte Americana.

Após uma investigação, a Comissão de Direitos Civis do Colorado concluiu que o confeitiro cometeu uma grave discriminação, julgando a favor do casal.

O caso foi levado até a Corte de Apelação do Colorado, que confirmou a decisão.

Após a Suprema Corte do Colorado recusar-se a ouvir o caso, Phillips, então, levou a lide até a Suprema Corte Americana. Assim sendo, a Corte Constitucional afastou a decisão da Corte Estadual e entendeu pela inconstitucionalidade das decisões pretéritas e contrárias ao confeitiro.

Nesse contexto, o desfecho em *Masterpiece Cakeshop v. Colorado* poderá, em princípio, ser recebido e interpretado como a primazia da liberdade religiosa e de expressão em detrimento de legislações anti-discriminatórias e protetivas de grupos minoritários, como homossexuais, negros, etc. Em especial quando se considera o resultado e a relevância do caso, não seria razoável esperar interpretação diversa ou distinta desta.

Entretanto, mediante meticulosa análise dos fatos e fundamentos do *case*, constata-se que a *ratio decidendi* da decisão, a despeito de seu desfecho, aponta pela inaplicabilidade deste precedente em casos futuros, haja vista, sobretudo, as razões que fundamentaram a conclusão da corte e suas peculiaridades fáticas.

E é essa inaplicabilidade o objeto do presente resumo.

2 A *Ratio Decidendi* e a Formação do Precedente

Phillips, ao recorrer das decisões que o condenaram, arguiu, essencialmente, violação à sua liberdade de expressão e à sua liberdade religiosa, ambas tuteladas pela primeira emenda da Constituição Federal.

Pelo primeiro argumento, segundo o recorrente, o Estado do Colorado violou o seu direito à liberdade de expressão, uma vez que ele foi compelido a disseminar ideias e valores dissonantes de suas crenças. Segundo Phillips:

(...) aplicando o CADA de uma forma que exigiria dele criar um bolo para um casamento homossexual violaria o seu direito previsto na primeira emenda, que é à liberdade de expressão, obrigando-o a exercer seus talentos artísticos para expressar uma mensagem com a qual ele discordou (UNITED STATES, 2018a, p.10, tradução nossa).

Entretanto, a despeito ser esta a alegação capaz de consolidar um precedente no sistema de *common law*, em razão de sua abrangência a Suprema Corte furtou-se de apreciá-la.

Nas palavras do Ministro Anthony Kennedy, que endereçou a opinião da corte, "O aspecto da liberdade de expressão deste caso é difícil para pessoas que viram um lindo bolo de casamento e pensaram talvez na sua criação como um exercício de proteção a liberdade de expressão" (UNITED STATES, 2018a, p. 5, tradução nossa).

Desse modo, constata-se que a decisão, no que tange à liberdade de manifestação do pensamento, não discorreu sobre a alegação capaz de formar um precedente amplo, aplicável e obrigatório tanto à Suprema Corte quanto às cortes de hierarquia inferior.

Instituiu-se, com efeito, ampla discricionariedade a casos futuros acerca da possibilidade, ou não, de o Estado suplantar a liberdade de expressão e coagir artistas que se neguem a fabricar produtos que transmitam ideias conflitantes com suas convicções pessoais, sejam elas seculares, sejam elas religiosas³.

Nesse contexto, no que tange à violação de liberdade religiosa, debruçou-se a Corte sobre este fundamento e nele estabeleceu as bases pelas quais a decisão do Tribunal Estadual deveria ser afastada.

É exatamente neste ponto, portanto, que a *ratio decidendi* foi formada e o *reasoning* estipulado pela Corte foi estabelecido.

Assentou a Suprema Corte – e aqui repousa a *ratio decidendi* do caso - que o Estado do Colorado incorreu em conduta inconstitucional, uma vez que as decisões pretéritas, ao condenarem o confeitiro, não observaram o imperativo de neutralidade que a Constituição determina, mormente quando se considera a irrelevância e hostilidade com que as convicções religiosas do confeitiro foram tratadas.

³ O ministro Clarence Thomas foi o único que endereçou tal questão expressamente, ao divergir em parte com a decisão, e afirmar que Estados não podem punir cidadãos pelo exercício da liberdade de expressão.



Diz a primeira emenda constitucional, em sua parte inicial, que "O Congresso não criará leis no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício de cultos".⁴

Denominado *Free Exercise Clause*, tal imperativo constitucional demanda que o Estado:

Coerente com a garantia da Constituição ao livre exercício, não pode impor regulamentos que são hostis às crenças religiosas de cidadãos afetados e não pode agir de uma forma que passe o julgamento em cima ou pressuponha a ilegitimidade das crenças religiosas e de práticas (UNITED STATES, 2018a, p.19-20, tradução nossa).

Nesse sentido, à luz da Carta Constitucional e de precedentes assentados pela Suprema Corte⁵, incumbe-se ao Estado, como dever fundamental, a proteção e tutela da liberdade religiosa (UNITED STATES, 2018b).

Sendo este um direito fundamental intransponível, ele deve ser imposto diante de condutas hostis ou discriminatórias por parte do Estado e que sejam direcionadas a qualquer religião. Essa tutela, inclusive, estende-se àquelas opiniões minoritárias ou, até mesmo, às visões e crenças consideradas ofensivas pela sociedade à época⁶ (UNITED STATES, 2003).

Segundo Neil Gorsuch em seu voto, "(...) o lugar dos oficiais seculares não é o de julgar crenças religiosas, mas apenas o de proteger o seu livre exercício" (UNITED STATES, 2018a, p. 32, tradução nossa).

É nesse contexto, assim, que o Estado violou o direito à liberdade religiosa de Phillips. Ou seja, a conduta inconstitucional é percebida não pela condenação ante a sua objeção em confeccionar os produtos, mas, sim, pelo procedimento a que ele fora submetido e o *animus* negativo demonstrado pelo Estado - e aqui reside o objeto essencial deste estudo.

A primeira conjuntura inconstitucional citada pela Corte refere-se a três precedentes decididos pelos mesmos órgãos que condenaram e julgaram Phillips.

⁴ Constituição, Estados Unidos (1787)

⁵ Janus V. American Federation Of State, 138 S. Ct. 2448, 585 U.S., 200 L. Ed. 2d (2018) e National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra.

⁶ Virginia v. Black, 538 U. S. 343 (2003).

Nestes casos, um cidadão denominado Jack requereu a três confeitarias diferentes a confecção de bolos depreciativos a casais homossexuais e apreciativos da religião Cristã, como a colocação de passagens bíblicas e desenhos religiosos.

Sob o argumento de que a fabricação dos produtos conflitava com as convicções pessoais dos confeitários, o órgão administrativo reconheceu a legalidade da negativa e manteve incólumes as decisões dos confeitários.

Não obstante, o mesmo órgão, no caso de Phillips, repeliu os fundamentos trazidos por ele e o condenou às penalidades previstas na legislação.

Isso porque, segundo a Suprema Corte:

A Comissão decidiu contra Phillips, em parte, na teoria de que qualquer mensagem no bolo de casamento solicitada iria ser atribuída ao cliente, não ao confeitário. A divisão, no entanto, não abordou esse ponto em qualquer dos casos envolvendo pedidos de bolos retratando o simbolismo do casamento anti-gay (UNITED STATES, 2018a, p.20, tradução nossa).

Isto é, os argumentos observados em casos análogos não foram considerados no caso de Phillips, o que demonstra uma notável disparidade, sendo esta atribuível unicamente à hostilidade e indiferença com que suas convicções religiosas foram tratadas.

A segunda conjuntura inconstitucional explorada pela corte concerne às citações e analogias trazidas pelos julgadores no julgamento do caso de Phillips, as quais reforçariam o tratamento ilegal da corte pela religião do confeitário.

Consoante o descrito na *opinion of the court*:

(...) alguns dos Comissários nas audiências públicas da Comissão apoiaram a opinião de que crenças religiosas não podem legitimamente serem executadas na esfera pública ou no domínio comercial, denegrindo a fé de Phillips como desprezível e caracterizando-a como meramente retórica (UNITED STATES, 2018a, p. 2, tradução nossa).

Como exemplo, citou a Corte falas em que os julgadores de Phillips comparam sua religião com as justificativas para a existência do Holocausto, a Escravidão, entre outros.

Tais manifestações, por si só, foram consideradas depreciativas e demonstrativas da hostilidade e intolerância com que as convicções de Phillips foram examinadas nas decisões anteriores.

À luz dessas conjunturas fáticas, nas palavras do Ministro Kennedy, concluiu a Corte que "levando em conta estes fatores, o registro aqui demonstra que a consideração da Comissão no caso de Phillips não foi nem tolerante nem respeitosa de suas crenças religiosas" (UNITED STATES, 2018a, p. 3, tradução nossa).

Assim sendo, nas palavras de Kennedy, "o acórdão do Tribunal da Corte de Apelações do Colorado é invertido. E assim fica decidido." (UNITED STATES, 2018a, p. 21, tradução nossa).

3 Conclusão

A despeito da notoriedade desfrutada pelo caso perante a sociedade e a mídia, mister concluir que se trata de um *case* cujas conseqüência não serão, necessariamente, aplicadas por meio do sistema de precedentes típico do sistema de *common law*. Isso porque, à luz da *ratio decidendi* formadora do caso, trata-se de precedente restrito às peculiaridades do caso, em especial o modo pelo qual o recorrente foi julgado pelo Estado Americano.

Referências

UNITED STATES. Supreme Court. *Masterpiece Cakeshop, Ltd., Et Al. V. Colorado Civil Rights Commission Et Al.* Supreme Court of the United States: 4 jun., 2018a. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

UNITED STATES. Supreme Court. *Mark Janus, Petitioner, V. American Federation Of State, County, And Municipal Employees, Council 31, Et Al.* Supreme Court of the United States: 27 jun., 2018b. *Leagle.com*. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/insco20180627f06> > Acesso em 20 out. 2018.

UNITED STATES. Supreme Court. *VIRGINIA v. BLACK et al.* Supreme Court of the United States: 7 apr. 2003. *Justia*, v. 538, 2003. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/343/case.pdf>> Acesso em 20 out. 2018.



Anais da XV Semana de Iniciação Científica: resumos dos grupos de trabalho
Nova Lima, 20 a 23 de novembro de 2018.

UNITED STATES. **Constitution of the United States of America**. Washington, DC:
United States Senate, 1787. Disponível em
<https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1> Acesso em 25.
Out. 2018.

O EFEITO INTERRUPTIVO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A NECESSÁRIA REVISÃO DA DECISÃO PARADIGMA DO RECURSO ESPECIAL N. 330-090 – RS

Marcos Hilário Rodrigues Moutinho¹

Ana Clara Amaral²

Orientador: Guilherme Costa Leroy

1 Introdução

Previsto no rol do artigo 994 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), os embargos de declaração são modalidade de recurso cabível contra qualquer decisão que apresente omissão, obscuridade, contradição ou erro material (art. 1.022, CPC³). Quando da sua interposição, verifica-se que o prazo para interposição de recursos contra a decisão originariamente embargada é interrompido, consoante se infere da leitura do artigo 1.026 do CPC⁴. A esse efeito, dá-se o nome de interruptivo, de tal forma que após o julgamento dos embargos de declaração, a parte terá novo prazo por inteiro para interposição de outro recurso cabível contra a decisão já embargada (THEODORO JÚNIOR, 2018).

A interrupção do prazo recursal não está limitada ao embargante⁵, mas também se estende ao embargado⁶ e a eventuais terceiros prejudicados, atingidos pela nova decisão judicial (THEODORO JÚNIOR, 2018). Questiona-se, todavia, se, após a decisão dos aclaratórios do embargante, será oportunizado novo prazo para o

¹ Acadêmico de graduação do 10º período da Faculdade de Direito Milton Campos, monitor de prática jurídica cível e empresarial em 1º/18 e 2º/18 pela Faculdade de Direito Milton Campos, e-mail marcoshrm.jus@outlook.com

² Acadêmica de graduação do 10º período da Faculdade de Direito Milton Campos, e-mail anaclaraamaral22@gmail.com

³ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material (BRASIL, 2015).

⁴ Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso (BRASIL, 2015).

⁵ Diz-se embargante a parte que interpôs os embargos de declaração.

⁶ Diz-se embargado a parte contrária nos embargos.

embargado interpor declaratórios próprios contra o *decisum primitivo* (decisão já embargada), pretendendo discutir algo que já poderia ter sido impugnado.

Dessa forma, o presente resumo se presta a analisar a abrangência do efeito interruptivo sob a vigência do CPC de 2015, principalmente nos aspectos que afetam o embargado. É essencial a discussão sobre tal matéria porque a interpretação jurisprudencial dada ao tema sob a égide do CPC de 1973 se mostrou controvertida e agora, sob a vigência do CPC de 2015, o legislador decidiu por abolir determinados termos da lei processual civil, possibilitando nova interpretação acerca do alcance desse efeito interruptivo.

Assim, a partir da compreensão de institutos gerais do Direito Processual Civil, como a preclusão temporal e a tempestividade dos recursos à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o território nacional, é possível a construção de teses que proponham soluções diversas, mas harmônicas com os princípios da ampla defesa e isonomia processual, sem perder de vista os limites previstos pelo próprio legislador.

2 Desenvolvimento

2.1 Discussão

Nos termos do art. 1.026, CPC/15, “os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso” (BRASIL, 2015). Portanto, como já mencionado, a interposição de embargos de declaração por apenas uma das partes do processo interrompe o prazo recursal para todas as demais partes que componham os polos da lide e para eventuais terceiros atingidos pela decisão, de tal forma que uma vez decididos os embargos e intimadas as partes da decisão, o prazo recursal será devolvido para todos⁷. Trata-se de manifestação do princípio da igualdade, que consiste no tratamento isonômico das partes no processo, previsto nos art. 7º e 139, I do CPC/15. Caso assim não fosse, a parte embargada estaria obrigada a recorrer antes de ter conhecimento do teor da decisão de que pretendesse recorrer. Geraria enorme insegurança jurídica exigir que o embargado recorresse antes

⁷ O prazo recursal recomeça a correr após a decisão dos embargos de declaração.

do julgamento dos embargos de declaração do embargante, já que a sentença pode sofrer alteração com decisão dos aclaratórios, inclusive com efeitos infringentes.

Entretanto, a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, conforme será demonstrado, não permite que a parte que não embargou apresente embargos de declaração contra a decisão já embargada.

Um caso hipotético pode ajudar na compreensão do tema-problema: o autor pleiteia indenização por danos morais e materiais. Na sentença (*decisum* primitivo) o juiz condena o réu ao pagamento de R\$ 10.000,00 a título de danos morais e também julga procedente o pedido de danos materiais, mas se omite em relação ao *quantum* indenizatório destes últimos. Publicada a sentença, apenas o autor interpõe embargos de declaração, no prazo de 5 dias, para sanar a omissão da sentença e pretendendo saber o montante da indenização por danos materiais. Transcorridos 10 dias, o juízo sentenciante profere decisão (decisão secundária), conhecendo dos embargos do autor, mas negando-lhes provimento. Pergunta-se: após a publicação da segunda sentença (decisão secundária) o réu (que ainda não apresentou embargos de declaração) poderia interpor embargos declaratórios com a pretensão de sanar o mesmo vício de omissão da sentença (decisão originária)? Noutros dizeres, a interposição dos aclaratórios do autor interrompe o prazo para o réu apresentar embargos de declaração contra a primeira sentença ou somente para outros recursos, a exemplo da apelação?

A interpretação acerca do tema tinha por base o art. 538, do Código de Processo Civil de 1973, que dispunha: “Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de **outros recursos**, por qualquer das partes” (BRASIL, 1973, grifo nosso). O termo “outros recursos” presente na redação do art. 538, CPC/73 permitia questionar se a interposição dos embargos de declaração interrompia o prazo para interposição de quaisquer recursos, inclusive embargos apresentados pela parte que não embargou inicialmente.

2.1 Discussão

A pesquisa jurisprudência realizada revelou que o Superior Tribunal de Justiça já atribuiu duas respostas distintas para a questão, sob a vigência do CPC/73.

Primeiramente, a questão foi apreciada no julgamento do REsp 444.162-GO⁸, com acórdão publicado em 12/08/2003. Neste julgamento, a Sexta Turma, por unanimidade, firmou entendimento, de acordo com o voto do Relator Min. Paulo Gallotti, no sentido de que os embargos de declaração geram a interrupção do prazo para quaisquer outros recursos, inclusive para eventuais embargos de declaração aviados pela parte contrária (embargado). A interpretação dada ao art. 538, CPC/73 foi a de que a lei não restringia o alcance do efeito interruptivo e, portanto, o que a lei não restringia, não caberia ao intérprete restringir⁹. Destarte, aplicando o entendimento ao caso hipotético, o réu (que não apresentou embargos de declaração inicialmente) poderá interpor embargos de declaração para discutir a decisão originária para tentar sanar a omissão acerca do *quantum* indenizatório dos danos materiais). O prazo recursal para o réu estaria interrompido até o julgamento dos embargos do autor, recomeçando a sua contagem somente após a publicação da decisão secundária (decisão dos embargos do autor).

Em contrapartida, o STJ modificou o entendimento ao julgar o REsp 330.090-RS, com decisão publicada em 30/10/2006, restringindo o alcance da expressão “outros recursos” do art. 538, CPC/73, para fins de incidência do efeito interruptivo. A Corte Especial do STJ, por 7 votos a 3, decidiu que os embargos de declaração interrompem o prazo para o embargado apresentar outros recursos contra a decisão já embargada, exceto embargos de declaração. Para os Ministros com votos vencedores, o embargado que não apresentou embargos de declaração no prazo comum de 5 dias não poderia ser beneficiado pela interrupção do prazo para rediscutir a decisão já discutida por embargos declaratórios, pois violaria os princípios da igualdade e isonomia. Assim, adotando-se esse segundo entendimento do STJ ao caso hipotético, se o réu interpusse embargos de declaração para discutir a decisão originária (primeira sentença), os seus embargos não deveriam ser conhecidos, por intempestivos, em razão da preclusão temporal. E, considerando que seus embargos fossem intempestivos, consequentemente, os demais recursos interpostos pelo embargado também não deveriam ser conhecidos, em razão da intempestividade.

⁸ Resp N° 444.162/GO, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, CORTE ESPECIAL, julgado em 08/04/2003.

⁹ Aplica-se a máxima: 'onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir' (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*).

Apesar de não se encontrar soluções e novas interpretações da doutrina, é possível identificar três possíveis teses sobre o alcance do efeito interruptivo na vigência do CPC/2015. A primeira tese consiste naquela já consubstanciada pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 330-090- RS, segundo a qual:

o prazo para a oposição dos embargos de declaração é comum a ambas as partes, esgotando-se tão logo decorrido o prazo de cinco dias contado da publicação do julgado; conseqüentemente, ainda que opostos embargos de declaração por uma das partes, o curso desse prazo não se interrompe, devendo a outra aproveitá-lo se o acórdão se ressentir de um dos defeitos previstos no art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, sob pena de preclusão¹⁰ (BRASIL, 2006).

Portanto, nessa hipótese, os embargos de declaração não devem ser conhecidos, por intempestividade. O momento oportuno para a oposição dos declaratórios seria cinco dias (prazo comum para as partes) contados da publicação do *decisum* primitivo. Não interpondo os embargos no quinquídio, portanto, insidiar-se-ia o instituto da preclusão temporal¹¹.

A segunda possível solução é a de que os embargos de declaração do embargante interrompem o prazo recursal para o embargado, e isso basta para que os aclaratórios do embargado sejam tempestivos, mas não para rediscutir a matéria já embargada, pois a matéria (e não o recurso) estaria preclusa. A preclusão e a tempestividade¹² são institutos que se aproximam, por se tratarem de fluência do prazo e à inércia da parte na prática dos atos processuais, mas não se confundem. Portanto, aplicando-se a segunda tese, o recurso de embargos deverá ser conhecido e, no mérito, desprovido¹³.

A terceira tese, por fim, é aquela exarada no REsp 444.162-GO, conferindo ampla abrangência ao efeito interruptivo dos embargos de declaração. Não haveria

¹⁰ STJ, Corte Especial, Resp 330.090/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/acórdão. Min. Ari Pargendler, j. 7/6/2006, DJ 30/10/2006, p. 210.

¹¹ Preclusão temporal é a perda da faculdade ou direito processual, que se extinguiu por não exercício em tempo útil (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 557).

¹² Tempestividade é um dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade dos recursos. No caso dos embargos de declaração, o prazo para interposição é de 5 dias, nos termos do art. 1.023, CPC.

¹³ Não é razoável que os embargos de declaração sejam julgados intempestivos, como faz o STJ. Para verificar que os embargos de declaração do embargado estão discutindo a matéria da decisão originária é preciso que se analise o mérito dos embargos e, para se analisar o mérito, é imprescindível o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, dentre eles, a tempestividade.

óbice para o embargado apresentar aclaratórios próprios pretendendo discutir o *decisum* primitivo. Essa última tese é mais reforçada com o CPC/2015, porquanto não há mais a expressão “outros recursos” no art. 1.026, CPC15. Portanto, o efeito interruptivo dos embargos não comporta mais a interpretação restritiva dada pelo STJ, uma vez que a norma que concede direito para ambas as partes (interrupção do prazo), não pode ser limitada pelo intérprete. Registra-se, contudo, que não foram encontradas teses interpretativas da doutrina acerca do efeito interruptivo dos embargos de declaração na vigência do CPC/15.

3 Conclusão

A questão se mostra de grande pertinência processual atualmente, tendo em vista que o CPC de 2015 ainda prevê o efeito interruptivo dos embargos declaratórios, mas o legislador decidiu por abolir o termo “outros recursos” da redação do art. 1.026, CPC (correspondente ao antigo art. 538, CPC/73), que era a expressão pela qual o STJ debruçou a sua interpretação. Embora o termo “outros recursos” não exista mais no CPC/2015, o STJ mantém o entendimento exarado no REsp 330.090-RS, não ampliando o efeito interruptivo para o embargado na hipótese em exame¹⁴.

A partir da melhor análise conclui-se que o posicionamento consolidado pelo STJ sob a vigência do CPC/73 não deve prevalecer ou ao menos deve ser revisto, ante a desarmonia com o texto do art. 1.026, CPC/15, uma vez que o legislador decidiu por suprimir a expressão “outros recursos”. A literalidade do referido dispositivo legal confere ao efeito interruptivo sentido amplo, restando clara a sua incidência a todos os legitimados e terceiros prejudicados, bem como a todos os recursos cabíveis contra a decisão embargada. E não é por demais sugerir que a interpretação restritiva da abrangência do efeito interruptivo dos embargos de declaração viola texto constitucional, vez que resulta em cerceamento do direito de defesa da parte contrária, direito fundamental assegurado pelo artigo 5º, LV, da CR/88.

¹⁴ V.g.: EDcl nos EDcl no AgInt na Reclamação n. 31.639 – RJ, julgado em 22/02/2018



Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 11, janeiro, 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm> Acesso em: 28/09/2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17, março, 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 28/09/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 330.090 - RS (2001/0078061-6). Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Relator p/acórdão: Min. Ari Pargendler. Recorrente: Jorge Jorceli da Silva Santos. Recorrido: Losango Promotora de Vendas. DJ, 30 de out. 2006. **Migalhas.com**. [site]. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130422-05.pdf> Acesso em: 28/09/2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 44 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. V.1.

USUFRUTO EM PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS: ASPECTOS SOCIETÁRIOS, PATRIMONIAIS E TRIBUTÁRIOS

Deyvid Correa da Silva¹

Eduardo Arrieiro Elias²

1 Introdução

O presente estudo tem como escopo a análise do usufruto sobre participações societárias. O instituto tem sido um instrumento utilizado no contexto de planejamentos patrimoniais e sucessórios. Serão abordadas questões como, por exemplo, aspectos patrimoniais, tributários e societários, com vistas a identificar as principais divergências práticas decorrentes da utilização do usufruto.

Discorrer-se-á sobre a relação jurídica entre usufrutuário e nu-proprietário, sobre a forma de instituição do usufruto, os requisitos e parâmetros legais para o seu exercício legal e, por fim, os cuidados que ambos devem tomar ao firmarem tal relação jurídica.

Finalmente, serão analisados os principais aspectos tributários decorrentes do usufruto sobre participações societárias.

2 Usufruto: conceito e natureza jurídica

O usufruto encontra-se previsto no artigo 1.225 do Código Civil, sendo disciplinado pelo artigo 1.390 e seguintes do mesmo diploma legal (BRASIL, 2002). Desse modo, o usufruto é direito real que se exerce em próprio nome sobre coisa alheia, podendo ocorrer a título gratuito ou oneroso e por prazo determinado ou vitalício. Ademais, no presente instituto existem dois sujeitos de direito, como assevera Natal Nader “o usufrutuário, a quem se conferem o uso e o gozo da coisa, sem lhe alterar a substância ou mudar-lhe o destino; e o nu-proprietário, a quem pertencem a sua substância e a faculdade de dispor dela” (NADER, 1985, p.21), portanto, o usufruto

¹ Acadêmico, graduando em Direito pelas Faculdades Milton Campos. E-mail: deyvid@adadv.com.br.

² Advogado, Mestrando em Direito das Relações Econômicas e Sociais Pelas Faculdades Milton Campos. E-mail: eduardo@adadv.com.br.

atribui aos dois titulares posições jurídicas diferentes em relação à coisa, o usufrutuário valendo-se do uso e gozo e o nu-proprietário com a disponibilidade da coisa.

Usar corresponde à utilização da coisa, respeitada a sua substância que é a configuração física e estética do bem e a sua destinação econômica (NASCIMENTO, 1986, p. 12). De outro modo, o fruir, é o direito à percepção dos frutos.

Neste momento, faz-se importante remetermos ao conceito de patrimônio. Assim, o Código Civil o determina como o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotada de valor econômico (artigo 91), ou seja, o ativo e passivo. Além disso, o artigo 1.390 da mesma lei dispõe que: “O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades” (BRASIL, 2002).

Portanto, percebe-se da leitura dos dispositivos acima que poderá ser objeto de usufruto bens corpóreos e incorpóreos, logo, as participações societárias podem ser objeto de usufruto, uma vez que são definidas como bens móveis incorpóreos (PEREIRA, 2013, p. 356).

Ainda, prevê o artigo 1.410 do Código Civil que o usufruto é intransmissível, ou seja, se extingue pela morte do usufrutuário. Entretanto, pode-se utilizar do usufruto conjuntivo para desviar-se da regra mencionada, conforme aduz o artigo 1.411 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Não obstante, vale mencionar as cláusulas de proteção que podem vigor o contrato de doação, visando alcançar os objetivos de cada planejamento sucessório, pois é possível que, no instrumento de doação, o doador estipule algumas cláusulas restritivas, sendo elas: (i) cláusula de reversibilidade, (ii) cláusula de inalienabilidade, (iii) cláusula de incomunicabilidade e (iv) cláusula de impenhorabilidade (VERSIANI, 2017, p. 122).

Por fim, o usufruto pode ocorrer sobre duas modalidades, quais sejam: convencional que nasce da vontade das partes por meio da realização de um negócio jurídico e o usufruto legal que é o que decorre da lei, sem observância da vontade das partes.

3 Usufruto de participações nas principais espécies societárias

O ordenamento jurídico brasileiro admite hipóteses de usufruto de quotas nas sociedades de responsabilidade limitada e de ações nas sociedades por ações, o que se tem utilizado de modo satisfatório em planejamentos sucessórios.

Porém, dúvidas existem quanto aos procedimentos a serem adotados em tais casos, pois será que para concretizar-se o usufruto de quotas, na sociedade limitada, teria, por exemplo, a necessidade de previsão contratual, especialmente em se tratando de regência supletiva da Lei 6.404/76?

Nas sociedades anônimas, o direito real objeto de nosso estudo tem previsão expressa no artigo 40 da lei 6.404/1976, pois para caracterização do usufruto é necessário a averbação do direito real sobre as ações, entretanto, na falta da respectiva averbação nos livros próprios da Companhia o usufruto não terá eficácia perante a própria sociedade e nem perante terceiros. Logo, conclui-se, que além do ato constitutivo entre as partes, ou seja, o usufruto convencional, faz-se necessário, como requisito de validade perante terceiros e a sociedade a correta averbação do mencionado direito real sobre o livro próprio de registro da sociedade anônima, concedendo publicidade ao ato praticado.

Portanto, o usufrutuário poderá participar dos lucros sociais, percebendo os respectivos dividendos, pois valendo-se da sua faculdade de usar a coisa, sem que esta perca a substância.

Ainda no contexto das estruturas patrimoniais, também é comum a constituição de usufruto sobre cotas de fundos de investimentos, veículos bastante utilizados no contexto de planejamentos sucessórios de famílias com elevado patrimônio.

4 Poderes políticos e patrimoniais no usufruto sobre participações societárias

Quanto à abrangência dos poderes do usufrutuário a doutrina é bastante divergente, pois cabe discussão a quem caberia os direitos políticos das ações ou quotas, estas nos casos de sociedade limitada. Nesse sentido, por exemplo, poderia o

usufrutuário exercer o direito de voto caso as ações objetos de usufruto possuam este direito?

Assim, cabe a análise dos dispositivos legais que regulamentam a questão, especialmente do artigo 114 da lei 6.404/1976, e da doutrina especializada, como a de Modesto Carvalhosa (2011).

5 Aspectos tributários relevantes no usufruto de participações societárias

A constituição do usufruto de participações societárias tem diversos reflexos fiscais, tais como: a incidência do Imposto de Renda nos pagamentos de lucros, dividendos e juros sobre capital próprio; a incidência do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) sobre as doações com reservas de usufruto e sobre o eventual cancelamento do usufruto; dentre outras.

Deverão ser analisadas, portanto, as questões tributárias mais pertinentes à utilização do instituto do usufruto de participações societárias, no contexto dos planejamentos patrimoniais e sucessórios.

6 Conclusão

Mediante a análise da natureza jurídica do usufruto e da sua constituição sobre participações societárias, objetivar-se-á demonstrar a eficácia do instituto no contexto das reorganizações e estruturas patrimoniais e sucessórias de famílias e empresas familiares.

Desse modo, a breve descrição sobre aplicação de constituição do usufruto sobre quotas de sociedades limitadas, ações de sociedades anônimas e, ainda, sobre cotas de fundos de investimento, deve-se considerar os reflexos práticos, essencialmente sobre os direitos políticos e patrimoniais inerentes às participações sobre as quais recai o direito real aqui em exame, pois deverão ser regulamentados de forma específica no contrato realizado entre os sujeitos de direito da mencionada relação jurídica, de modo a evitar impasses judiciais e alcançar a perpetuação das empresas familiares.



Finalmente, buscou-se demonstrar, de forma objetiva, os reflexos fiscais decorrentes da instituição do usufruto de participações societárias, sob o prisma dos entendimentos das autoridades fiscais, dos órgãos julgadores administrativos e do Poder Judiciário.

Referências

BRASIL. Presidência da República. **Código civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 23 de outubro 2018.

NADER, Natal. **Do usufruto de imóvel ou de empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

NASCIMENTO, Tupinambá M. Castro. **Usufruto**. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedade anônima**: artigos 75 a 137. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V. 2.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013. Vol. I.

VERSIANI, Fernanda Valle. **Usufruto de Participações Societárias**: uma visão de planejamento sucessório em empresas familiares. Belo Horizonte: D'Plácido. 2017.

RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA PERANTE TERCEIROS

Deyvid Correa da Silva¹

1 Introdução

O presente estudo tem o viés de esclarecer qual teoria deverá ser aplicada quando o administrador da sociedade empresária atuar além dos limites previstos na lei, no contrato ou estatuto social.

Desse modo, antes da vigência do Código Civil de 2002 a teoria da aparência era recepcionada pelo Decreto nº 3.708 de Janeiro de 1919, que determinava a responsabilidade solidaria e ilimitadamente da sociedade e dos administradores perante terceiros pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei (BRASIL, 1919).

No entanto, o atual Código Civil, optou por adotar o sistema estatutário, aderindo à teoria *ultra vires* que não responsabiliza a sociedade pelos atos praticados pelo administrador com violação da lei ou do ato constitutivo (BRASIL, 2002).

Portanto, vamos enfrentar a questão da validade dos atos praticados pelos administradores das sociedades à luz das teorias doutrinárias e da legislação.

2 Princípios norteadores a aplicação da teoria da aparência

A teoria da aparência tem fundamento em diversos princípios, dentre eles: princípio da boa-fé, princípio da confiança e o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

No que concerne a boa-fé, a melhor doutrina a classifica em boa-fé subjetiva e objetiva. A primeira é uma situação interior da pessoa, um estado psicológico, em que a mesma crê estar agindo de forma escorreita e a boa-fé objetiva, por sua vez, é a

¹ Acadêmico, graduando em Direito pelas Faculdades Milton Campos. Pesquisador bolsista do CNPQ. E-mail: deyvid@adadv.com.br.

padronização de comportamento, tendo por fundamento a honestidade, a fidelidade e a lealdade, exigindo dos sujeitos absoluta correção no modo de proceder (KUMPEL, 2007, p. 79).

O Código Civil de 2002 priorizou destaque quanto à boa-fé, disciplinando-a nos artigos 113, 187, e 422, portanto, nítida é a vontade do legislador de, há todo momento, proteger o terceiro de boa-fé. Assim, a boa-fé não deve ser considerada apenas como princípio informador das leis, senão, também, como princípio criador que, de fatos, faz surgir direitos (CHAVINHO, 2014, p. 14).

Quanto ao princípio da confiança, este deve estar presente em todas e qualquer relação em que o homem está presente. A verdade é o fundamento da confiança, e a confiança é a qualidade mais importante nas relações comerciais. Portanto, não somente nos negócios jurídicos é necessária a presença da confiança entre as partes, mas também nas relações sociais de modo geral, pois a vida em sociedade nos exige o mínimo de confiança um nos outros.

Por conseguinte, por meio dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade busca-se uma solução justa e efetiva para o conflito, sendo assim, diante de situações concretas deve-se considerá-los.

Desse modo, Egberto Lacerda Teixeira explica que deve haver uma ponderação de aplicação das teorias *ultra vires* e da aparência de acordo com o negócio jurídico realizado, pois nos casos de pequena monta prevalecerá a teoria da aparência e nos casos de grande monta prevalecerá a teoria *ultra vires* (TEIXEIRA, 2007, p. 111).

3 Teoria da aparência e teoria *ultra vires* – da responsabilidade do administrador e da sociedade perante terceiros

A ordem jurídica pátria considera a pessoa jurídica dotada de existência própria e autônoma, inconfundível com a vida das pessoas naturais que as criaram, sendo assim, exprime a sua própria vontade, é titular de seus próprios direitos, e, portanto, é uma realidade no mundo jurídico (PEREIRA, 2013, p. 258-259).

As relações jurídicas das sociedades empresárias ocorrem por meio de seu órgão administrativo, desse modo, os administradores são investidos de poderes pelo ato constitutivo, necessários para praticar atos em nome da pessoa jurídica.

Não obstante, o artigo 1.011 do atual Código Civil exige do administrador elevado padrão de boa-fé e lealdade aos interesses da sociedade, bem como desempenho da sua função com diligência e cuidado, desse modo, devem agir observando os limites impostos no contrato ou estatuto social (BRASIL, 2002).

Neste contexto, ocorre com certa frequência dos administradores agirem com violação da lei, contrato ou estatuto social, causando, assim, prejuízos a terceiros e até para a própria sociedade. A presente questão era regulamentada pelo Decreto 3.708 de Janeiro de 1919, artigo 10, que imputava a responsabilidade solidária e ilimitadamente da sociedade e administrador perante terceiros de boa-fé, e a sociedade, por sua vez, teria direito de regresso contra o administrador que agiu extrapolando os limites, isto é, que cometeu um ato *ultra vires* (BRASIL, 1919).

Percebe-se, portanto, que a norma jurídica em comento protege o terceiro de boa-fé, bem como os princípios norteadores da teoria da aparência. No entanto, com advento do Código Civil de 2002, artigo 1.015, o legislador consagrou a teoria *ultra vires*, já obsoleta e que não tem aplicação nem em seu país de origem e, por isso, renomados doutrinadores e profissionais do direito, militantes na área comercial, asseveraram o enorme retrocesso.

Assim, consoante o artigo 1.015 do Código Civil de 2002, aquele que for estabelecer uma relação jurídica com a sociedade empresária deverá solicitar a Junta Comercial o contrato ou estatuto social e verificar se o administrador está apto para realização do negócio jurídico, contudo, tal conduta pode oferecer impactos consideráveis nas relações comerciais, de modo que prejudica o tráfego negocial, bem como é oposta a evolução doutrinária e pretoriana brasileira quanto ao tema.

Nesse sentido, confere-se, por oportuno, as lições de José Waldecy Lucena que explica que uma das características do direito empresarial é a repulsa ao formalismo, optando antes por regras consuetudinárias, de qualquer modo sempre voltado à proteção dos terceiros de boa-fé, e isso em função da agilidade, rapidez e informalidade das operações mercantis (LUCENA, 2003, p. 450).

Pois, atualmente, as operações comerciais acontecem com enorme velocidade e celeridade, de modo que proporciona maior circulação de bens e riquezas, gerando lucro aos empresários. Ademais, com a evolução tecnológica encontram-se negócios via internet, contratos de adesão, vendas de balcão e remessa de mercadorias a lugares distantes, de modo que torna-se inviável a consulta prévia sobre se o ato do administrador está de acordo com objeto social e poderes a ele atribuídos.

Quanto à lei de sociedade por ações, 6.404/1976, seu artigo 158, dispõe que os atos praticados pelos administradores estranhos ao objeto da sociedade ou que extrapolem os limites de poderes a eles conferidos teria eficácia em relação à sociedade, porém, a sociedade teria direito de regresso em face do administrador que cometeu o ato ultra vires e, por isso, em conformidade com a teoria da aparência (BRASIL, 1976).

Conclui-se, portanto, que a potencial aplicação da teoria ultra vires, faria com que fosse obstaculizado o crescimento e a agilidade dos negócios comerciais que fossem sendo implementados (CHAVINHO, 2014, p. 34).

4 Conclusão

Em virtude dos fatos e fundamentos abordados, entendemos que o artigo 1.015 do Código Civil de 2002 deve ser mitigado ou interpretado a luz da teoria da aparência, de modo que garanta segurança jurídica, tráfego negocial, os princípios e características do direito empresarial, bem como a proteção do terceiro de boa-fé que estabelece uma relação jurídica com a sociedade a todo instante.

Logo, nos parece claro e evidente que a teoria ultra vires caminha contra as tendências e evolução do direito comercial, de forma que torna totalmente inviável que o terceiro consumidor ou empresário consulte os documentos societários na Junta Comercial antes de realizar o negócio jurídico.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919.** Brasília: Câmara dos Deputados, 1919. Disponível em:



<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3708-10-janeiro-1919-570962-publicacaooriginal-94061-pl.html>> Acesso em 25 de outubro 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**: Dispõe sobre as Sociedades por ações. Brasília: Presidência da República, 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm> Acesso em 25 de outubro 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Código civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 25 de outubro 2018.

CHAVINHO, Mateus Bicalho de Melo. **A teoria da aparência e seus reflexos no direito brasileiro**. Belo Horizonte: D'Placido, 2014.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades Limitadas**. Rio de Janeiro: São Paulo, Renovar. 2003.

KUMPEL, Victor Frederico. **Teoria da aparência no Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil: Teoria Geral de Direito Civil. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013. V. 1.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL

Raphael Guerra¹

Orientadora: Ana Paula Araújo Ribeiro Diniz

1 Introdução

Este resumo expandido tem por escopo a análise dos principais aspectos do artigo 337-A do Código Penal, a sonegação fiscal previdenciária, objetivando verificar a inconstitucionalidade do mesmo, tendo em vista que a repressão à delinquência previdenciária deve ocorrer num ambiente constitucional de garantias no qual sejam observados os direitos fundamentais à pessoa humana.

De um modo geral, os crimes contra a previdência social foram incluídos pela lei 8.212/91 e pela lei 9.983/2000, objetivando a repressão de condutas lesivas ao patrimônio da Previdência Social. Entretanto, deve-se reconhecer que o bem jurídico tutelado é a arrecadação pública e não o bem estar social, como muitos doutrinadores defendem, ou seja, o bem jurídico imediato lesado é a arrecadação, que não legitima a atuação penal.

Verifica-se que para explicitar o quanto afirmado, convém destacar que o contribuinte para se obstar do cumprimento e ter sua punibilidade extinta, basta somente antes do início da ação fiscal prestar as informações requeridas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), sem a necessidade de qualquer espécie de pagamento, já que estas informações prestadas possibilitaram com que o instituto possa realizar a cobrança correta dos tributos sonegados.

Desta forma, constata-se que o legislador criou um injusto penal com o fim unicamente de ser mero instrumento arrecadador de tributos e contribuições previdenciárias. Se o objetivo do legislador fosse a aplicação de pena, o mesmo não iria

¹ Acadêmico em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, 10º Período e Monitor de Direito Penal Econômico. E-mail raphaguerra13@gmail.com.

criar a hipótese de extinção de punibilidade mencionada acima diante da prestação de informações.

É com base nessas premissas que será realizada uma breve análise das condutas descritas no art. 337-A do Código Penal, o paradigma da sua inconstitucionalidade e a ilegitimidade da tutela penal.

2 Desenvolvimento

Na atualidade, o direito penal é o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir pela aplicação das penas privativas de liberdade, bem como do direito de ir e vir dos cidadãos. Desta forma, o Estado tutela o bem de seu interesse através do direito penal, como forma de coagir as pessoas a não violarem o bem jurídico em questão.

Sucede que o legislador, ao tutelar através do direito penal determinados bens jurídicos, o mesmo na maioria das vezes não se preocupa em verificar o conteúdo das normas princípios que gerem o sistema penal, criando normas sem critério algum, imperando somente a vontade do legislador, adotando uma política de prevenção geral sem atender ao critério proposto pelo caráter subsidiário do direito penal.

Corroboram neste entendimento, os pensamentos do Italiano Cesare Beccaria (1966) e do alemão Karl Ferdinand Hommel (1772), citados por Schünemann (2005, p. 13) que: desde metade do século XVIII, já denunciavam que o direito penal está sendo utilizado como forma de imposição de meras formas de vida requerida por determinada ideologia, sendo que tal fato caracteriza-se como tirania não aceita no contrato social.

Com efeito, o principio da subsidiariedade dispõe que a intervenção pelo direito penal somente deve ter lugar nas hipóteses em que ocorre violação aos bens jurídicos fundamentais e para cuja repressão não bastem as demais sanções do ordenamento jurídico. O Estado somente poderá valer-se dos meios coercitivos do direito penal quando a conservação da ordem jurídica não se possa ser obtidos com outros meios menos graves.

Nesta diapasão é o entendimento de Paulo Queiroz:



O caráter subsidiário do direito penal de outras formas de controle social decorre, portanto, de imperativo político criminal proibitivo do excesso: não se justifica o emprego de um instrumento especialmente lesivo da liberdade se se dispõe de meios menos gravosos e mais adequados de intervenção, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade (QUEIROZ, 2001, p.13)

Desta forma, verifica-se que o direito penal somente poderá ser utilizado como forma de controle social quando outros meios não forem possíveis de solução, ou seja, se não for possível solucionar por meios menos gravosos, aí sim o direito penal estará legitimado para atuar, aliás, por isso se afirma que o direito penal é a *ultima ratio*.

Neste sentido é a precisão lição de Muñoz Conde:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objetos de outros ramos do direito (MUÑOZ CONDE, 2000, p. 59-60).

Realizada as breves considerações acima, constata-se que o legislador ao tutelar a seguridade social não se preocupou em verificar o conteúdo do princípio da subsidiariedade e o da lei 8212/91 e do decreto-lei 3048/99. Tal fato verifica-se por que o decreto lei 3048/99 juntamente com a lei 8.212/91 estabelecem formas de conservação da ordem jurídica menos gravosa do que a preceituada pelo legislador da lei 9983/2000.

O decreto-lei 3048/99 foi criado em consonância com o movimento doutrinário defendido por Hassemer (1994) e acolhido por Muñoz Conde (2000), em que se verifica a necessidade de criação de um direito de intervenção situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo para que se pudesse viabilizar o fenômeno da despenalização e da descriminalização.

Segundo Hassemer (1994, p. 49):

Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal. (...) Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito de Intervenção.

O decreto lei 3048/99 e a lei 8.212/91, em consonância com este entendimento, estabelece processo administrativo para reparação das lesões ocorridas diante das condutas mencionadas, estabelecendo medidas mais eficazes do que aquelas estabelecidas pelo Código Penal, possuindo algumas características do direito penal como principio da legalidade, em que as sanções a serem aplicadas já estão descritas na norma circunstâncias agravantes, circunstâncias atenuantes da penalidade, conselho de recursos como se fosse um tribunal de recursos, no entanto sem aplicação de pena restritiva de liberdade.

O decreto possui um livro específico para as penalidades em geral, estabelecendo normas para que o contribuinte cumpra com o regulamento da seguridade social, ou seja, um instrumento coercitivo que impõe penalidades caso o contribuinte cometa a infração. Em suma, o decreto aplica uma sanção para que o contribuinte realize o repasse da contribuição, aplicando ainda uma pena pelo fato de não ter repassado a devida contribuição.

Logo, que se refere ao procedimento administrativo constata-se que o mesmo é dotado de instrumento hábeis para possibilitar a arrecadação desta contribuição pela administração pública, sendo que a inexistência de processo criminal será muito mais benéfico para a administração, pois, o contribuinte terá meios de conseguir subsídios financeiros para cumprir com o disposto.

3 Conclusão

Portanto, conclui-se que a conduta do art. 337-A do Código Penal é inconstitucional porque em primeiro lugar, o legislador feriu o principio da lesividade, pois conforme evidenciado acima, o repasse de informações e a arrecadação de tributos não podem ser suscetíveis de tutela pelo direito penal. Não obstante o fato de ter ofendido o princípio lesividade, há o que se falar em violação ao principio da subsidiariedade, já que se o objetivo era somente a coação para o repasse das informações, a coação poderia ter sido realizada por meio de um procedimento administrativo.

Desta forma, defende-se a hipótese de que o legislador tem outros meios de

possibilitar concretamente a arrecadação de tributos, sem que utilize apenas um meio coercitivo para o pagamento, demonstrando assim a sua ilegitimidade, já que não tem o condão de solucionar o problema em questão. No entanto, as formas menos gravosas mencionadas acima, possibilitam com que o sonegador seja coagido diretamente a realizar a devida contribuição.

Isso posto, o direito penal visa à aplicação de medidas constritivas de direitos, demonstrando assim que o mesmo não pode ser utilizado como mecanismo do direito tributário, já que este não terá efeitos práticos, que no caso em apreço é a arrecadação, trazendo na prática efeitos totalmente distintos, como a aplicação de uma pena de reclusão de 2 a 5 anos devido a sonegação das contribuições previdenciárias, não tendo capacidade para intimidar ou coagir o sujeito ativo deste crime a realizar as condutas nos ditames do decreto lei 3048/99 e da lei 8212/91.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Penal Brasileiro** – Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 25/11/2018.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000**: altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9983.htm> Acesso em 25/11/2018.

HASSEMER, Wilfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 08, p. 41-51, out. 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2000.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! - Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Brasil, n. 53, p. 9-37, 2005.

A RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPRESÁRIO NOS CRIMES DE OMISSÃO

Letícia Demétria Pinheiro Utsch¹

1 Introdução

Estamos imersos em uma “Sociedade de Risco”, conceito desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck (1992). De acordo com essa concepção, a produção de risco se torna tão ampla que o desenvolvimento científico e tecnológico deixa de ser suficiente para o controle e predição dos mesmos (GUIVANT, 2001).

Questões políticas, éticas, econômicas, ambientais, dentre outras, começam a ser consideradas nessa análise não só individualmente, mas como integrantes de um sistema mais amplo. Ninguém está imune às ameaças que a própria sociedade produz, e uma eventual catástrofe pode ter alcances globais.

Os indivíduos, nesse conceito, são considerados elementos centrais das ações, visto que, ao mesmo tempo que influenciam para a criação dos riscos, são também os responsáveis pela diminuição à exposição aos mesmos. São agentes de escolha, que possuem elevado nível de controle e responsabilidade quanto a isso.

Esse novo contexto em que estamos inseridos causa um impacto no próprio capitalismo, na sociedade e, conseqüentemente, na forma como as empresas se organizam internamente.

Para acompanhar a crescente complexibilidade externa, é necessário um grau de complexibilidade organizacional interna, que é traduzido em uma maior ramificação do organograma empresarial vertical e horizontalmente.

Decorrente dessa maior ramificação e delegação de funções, dificilmente um único indivíduo exerce controle ou tem poder de decisão sobre tudo o que se passa na companhia. Logo, a partir de certo grau de sofisticação conceitos tradicionais do Direito Penal deixam de ser suficientes para a responsabilização por eventuais delitos, sobretudo no caso dos crimes de omissão.

¹ Estudante da Faculdade de Direito Milton Campos - atualmente cursando o 7º período – e participante do Grupo de Pesquisa em Direito Penal Econômico. e-mail: leticiadutsch@gmail.com.

E é na eventualidade da existência desses delitos que mora o verdadeiro perigo. Da mesma forma que o contexto externo é capaz de modificar e forçar uma adaptação interna, uma confusão interna também gera impactos externos e, a depender do tamanho da organização, afetar a economia até mesmo em nível nacional. A atividade empresária é, também, uma geradora de riscos.

2 Desenvolvimento

2.1 A estrutura do crime comissivo por omissão

Por definição, crimes comissivos por omissão, também chamados de omissivos impróprios, são aqueles que têm em sua descrição típica um verbo de ação, mas que também podem ser cometidos por meio de uma omissão.

Entretanto, de acordo com o disposto no artigo 13, §2º do Código Penal, para que essa omissão seja penalmente relevante é necessário que o agente que se omitiu tenha o dever legal de agir e, além disso, que ele de fato pudesse agir para evitar o resultado (GRECO, 2016). À essa posição atribuímos o nome de garante.

2.2 A problemática da delegação de funções no organograma empresarial

O crescimento de uma empresa implica em um processo de subdivisão interna, uma verdadeira divisão de trabalho (CHIAVENATO, 2012).

Esse processo de delegação de funções é inerente ao crescimento e funcionalidade da organização uma vez que, além de evitar a sobrecarga de agentes de níveis hierárquicos superiores, possibilita a maior especialização dos agentes nas atividades exercidas o que, em um cenário ideal, torna o processo mais eficiente e eficaz.

Ademais, a delegação de funções acarreta uma descentralização das decisões. Na medida em que as atividades exercidas se tornam cada vez mais específicas, a detenção de conhecimento acerca de determinada área é fator primordial para tomada de decisões.

Aqui há uma ruptura com o organograma clássico dessas sociedades empresárias: durante anos a tomada de decisão foi concentrada na mão de um só agente – o dono ou administrador (CHIAVENATO, 2012). Atualmente, há um deslocamento desse poder para órgãos ou cargos adequados.

Se é fato que através desse processo se transfere poderes e deveres para o delegado, também é coerente esperar que essa delegação crie para o delegante um dever de supervisão do que foi repassado a outrem (REBOUÇAS, ARAÚJO, 2018). Daqui surge um importante questionamento: dessa supervisão nasce uma possibilidade de responsabilização por eventuais delitos cometidos pelo delegado durante exercício de sua nova atribuição?

Civilmente sim. De acordo com o artigo 932, inciso III, do Código Civil, haveria aqui uma obrigação de reparação civil, ou seja, a obrigação de reparar o dano causado a outrem na esfera patrimonial ou moral (BRASIL, 2002).

Penalmente, entretanto, há uma outra análise a ser feita a respeito da existência (ou não) do dever de garante. Uma responsabilização automática em função do cargo hierárquico ocupado pelo delegante implicaria na criação de uma modalidade de responsabilização penal objetiva (REBOUÇAS, ARAÚJO, 2018), o que é inadmissível na sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 A possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato e do domínio da organização

De uma rápida análise de decisões dos tribunais internacionais e estrangeiros acerca da imputabilidade dos dirigentes empresariais – ou quaisquer agentes que ocupem cargos hierárquicos mais altos – por crimes cometidos na organização, verifica-se uma tendência de aplicação da “teoria do domínio do fato”, desenvolvida por Claus Roxin (2000). Nacionalmente falando a tendência é outra: a jurisprudência brasileira tem invocado a teoria do domínio da organização de maneira relativizada (SOUZA, 2011).

Entretanto, nenhuma das duas se mostra adequada para fundamentar a punição de agentes que ocupam cargos de direção.

A um encontra óbice em sua aplicação uma vez que estamos tratando aqui de crimes de omissão imprópria e seria inviável entender pelo domínio do fato nos crimes omissivos. Como visto anteriormente, nos crimes comissivos por omissão há um descumprimento do dever objetivo legal de cuidado, uma verdadeira conduta negativa (LOPES, MARTINS, 2017). Já no domínio do fato, o agente deve ter conhecimento e domínio da situação fática e além de tudo, poder agir para evitar o resultado – trata-se de conduta dolosa. Outrossim, ressalta-se que a real finalidade da teoria do domínio do fato é a distinção entre autor e partícipe, e não a comprovação da culpa de um agente.

A dois tem sua aplicação vinculada ao atendimento de alguns pressupostos. São eles: a existência de um aparato organizado de poder desvinculado da ordem jurídica vigente, que o agente possua poder de mando desse aparato e que suas ordens sejam cumpridas por executores fungíveis (há aqui uma certeza de que a ordem será executada) e tais pressupostos não se verificam na problemática exposta. Por definição, uma sociedade empresária nasce da lei e funciona de acordo com tal e, ademais, tal teoria é incompatível com a omissão.

2.4 A posição de garante do dirigente

Diante da complexidade da situação, como se daria então a responsabilização? Qual seria o modelo de imputação juridicamente legítimo para o caso?

Para tal é necessário que seja explícito um dever de fiscalização e garantia em razão aos seus subordinados.

A figura do *compliance officer*, por exemplo, se obriga a fiscalizar e informar a autoridade competente sobre desvios na atividade organizacional, mas não possui capacidade executiva para alterar o resultado (SILVEIRA, 2016). Um dirigente, entretanto, possui a capacidade executiva e deve, por meio de instrumentos normativos internos, se obrigar a fiscalizar aqueles funcionários que trabalhem sob seu poder de comando.

Uma vez estabelecido esse dever legal de agir, é preciso verificar se no caso concreto ele tinha reais condições de agir. Para essa verificação se aplica a mesma metodologia que já estamos habituados no Direito Penal Clássico (SILVEIRA, 2016).

3 Conclusão

Dessa análise sistemática, extrai -se que não há no Direito Penal Empresarial um novo modelo de responsabilização. Em outras palavras, não há flexibilização dos requisitos para atribuição de responsabilidade – a realização do ilícito deve ter um nexo de causalidade com a ação ou omissão do agente. Da mesma forma que no Direito Penal Clássico, ocorre uma aplicação dos princípios já habitualmente utilizados.

A posição de garante do agente não deriva então, da mera posição ocupada ou da delegação de função para um funcionário de nível hierárquico inferior e sim do expresso dever de fiscalização da conduta dos delegados.

Referências

Beck, U. **Risk society. Towards a new modernity**. Londres: Sage Publications, 1992.

BRASIL. Presidência da República. **Código civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 25 de outubro 2018.

CHIAVENATO, Idalberto. **Princípios da administração**. 2 ed. Barueri: Manole, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 18 ed. Niterói: Impetus, 2016.

GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. **Estudos: Sociedade e Agricultura**, Rio de Janeiro, V. 9, n. 1, p. 95-112, 2001. Disponível em <<https://revistaesa.com/ojs/index.php/esa/issue/view/17>> Acesso em 25 de outubro de 2018.

LOPES, Luciano Santos; MARTINS, Amanda Jales [Orgs]. **Direito penal econômico**: tendências e perspectivas. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017.

REBOUÇAS, Sérgio; ARAÚJO, Bruna. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, v. 143, p. 45-86, maio, 2018.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Tradução da 7. ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.



Anais da XV Semana de Iniciação Científica: resumos dos grupos de trabalho
Nova Lima, 20 a 23 de novembro de 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**: a omissão do empresário como crime: Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Inovações no direito penal econômico**: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas: Brasília: ESPMU, 2011.