

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 2

Out / Dez 2014

Doutrina Nacional / Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho / Eroulths Cortiano Júnior / Guilherme Calmon Nogueira da Gama / João Gabriel Madeira Pontes / Pedro Henrique da Costa Teixeira / José Fernando Simão

Doutrina Estrangeira / Neil Andrews

Pareceres / Arnaldo Wald / Gustavo Tepedino

Atualidades / Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Resenha / Fabiano Pinto de Magalhães

Vídeos e Áudios / Gustavo Tepedino

APRESENTAÇÃO

A **Revista Brasileira de Direito Civil** tem por objetivo fomentar o diálogo e promover o debate, a partir de perspectiva interdisciplinar, das novidades doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas no âmbito do direito civil e de áreas afins, relativamente ao ordenamento brasileiro e a experiência comparada, que valorize a abordagem histórica, social e cultural dos institutos jurídicos.

A RBDCivil é composta das seguintes seções:

- Editorial;
- Doutrina:
 - (i) doutrina nacional;
 - (ii) doutrina estrangeira;
 - (iii) jurisprudência comentada; e
 - (iv) pareceres;
- Atualidades;
- Vídeos e áudios.

Endereço para contato:

Rua Primeiro de Março, 23 – 10º andar

20010-000 Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Tel.: (55) (21) 2505 3650

Fax: (55) (21) 2531 7072

E-mail: rbdcivil@ibdcivil.org.br

EXPEDIENTE

Diretor

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Conselho Editorial

Francisco Infante Ruiz - Doutor em Direito Civil e Internacional Privado pela *Universidad de Sevilla*, Professor Titular de Direito Civil (Direito Privado Comparado) na *Universidad Pablo de Olavide* (Sevilla), Espanha.

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela *Università degli Studi di Camerino*, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

Luiz Edson Fachin – Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, Brasil.

Paulo Lôbo - Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco, Brasil.

Pietro Perlingieri – Professor Emérito da *Università del Sannio*. Presidente da *Società Italiana Degli Studiosi del Diritto Civile - SISDiC*. Doutor honoris causa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Coordenador Editorial

Aline de Miranda Valverde Terra

Carlos Nelson de Paula Konder

Conselho Assessor

Eduardo Nunes de Souza

Fabiano Pinto de Magalhães

Louise Vago Matieli

Paula Greco Bandeira

Tatiana Quintela Bastos

SUMÁRIO

Editorial

Atividade interpretativa e o papel da doutrina e da jurisprudência – Gustavo Tepedino **6**

Doutrina nacional

Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade – Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho **9**

A propriedade privada na Constituição Federal – Eroulths Cortiano Júnior **28**

O Direito Civil-Constitucional e o livre desenvolvimento da personalidade do idoso: o dilema de Lear – Guilherme Calmon Nogueira da Gama; João Gabriel Madeira Pontes e Pedro Henrique da Costa Teixeira **43**

Há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco? – José Fernando Simão **61**

Doutrina estrangeira

Interpretação dos “contratos escritos” na Inglaterra – Neil Andrews **79**

Pareceres

Regime jurídico aplicável à sociedade anônima cujo comando é compartilhado entre uma empresa pública e uma empresa privada. **96**

Sujeição às normas de direito comum e inaplicabilidade do regime de direito público – Arnaldo Wald

A Boa-Fé Objetiva e o Regime de Bens na União Estável de Cônjuges Separados – Gustavo Tepedino **109**

Atualidades

O usucapião ordinário e o justo título – Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior **127**

Resenhas

Regulação da internet e promoção de direitos e liberdades civis – Resenha do livro: *Direito privado e Internet*, de MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.) – Fabiano Pinto de Magalhães **133**

Vídeos e áudios

Autonomia Privada e o papel da vontade na atividade contratual – aula proferida pelo Prof. Gustavo Tepedino na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 2012 --

Submissão de artigos

Saiba como fazer a submissão do seu artigo para a Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil **142**

EDITORIAL

ATIVIDADE INTERPRETATIVA E O PAPEL DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Gustavo Tepedino

Em recente evento promovido pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, o Prof. Ian Peter Smith, do Instituto Max-Planck de Direito Comparado e Internacional Privado de Hamburgo, Alemanha, apresentou minuciosa, densa e respeitosa crítica à utilização da boa-fé objetiva pela jurisprudência brasileira. Segundo aquele professor, verifica-se o emprego da boa-fé pelo Superior Tribunal de Justiça de modo meramente reforçativo ou retórico, o que tem mitigado a força normativa da cláusula geral. Em seu modo de entender, evitar-se-ia a banalização da boa-fé mediante a sua contenção às funções típicas, incidindo exclusivamente em hipóteses em que inexista regra contratual ou legal para a solução da controvérsia.

Tal formulação crítica suscitou profícuo debate metodológico, na medida em que a convergência interpretativa de valores, princípios e regras mostra-se inevitável para a atividade hermenêutica; e a densificação das cláusulas gerais ocorre muitas vezes na aplicação conjunta com outros dispositivos legais, justificando e potencializando a sua adoção em hipóteses de incidência que, singularizadas pela concretude das circunstâncias fáticas, escapariam do alcance de regra isoladamente considerada. Seria o caso, no ilustrativo âmbito do Código de Defesa do Consumidor, dos padrões valorativos necessários ao estabelecimento de vícios de qualidade do produto ou serviço e da durabilidade do produto para caracterização de defeitos ocultos. Na mesma linha de raciocínio, a boa-fé objetiva tem sido empregada, sem hipérbole depreciativa, na análise de alocação de riscos para a responsabilidade civil, revisão contratual, instrumentalidade das formas, e assim por diante. Nessa perspectiva, mostrar-se-ia benfazeja a adoção, pela jurisprudência brasileira, e especialmente pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, da boa-fé como fundamento

para a construção argumentativa, ao fixar norma de conduta para o caso concreto que leve em conta a totalidade de comandos prescritivos; sob fundamento argumentativo consistente, que demonstre ao jurisdicionado a motivação da decisão mais do que a simples referência legislativa, necessariamente incompleta antes da atividade interpretativa (de qualificação e aplicação do direito).

Independentemente, contudo, das divergentes e legítimas conclusões desse debate, o ponto alto daquele encontro científico foi o testemunho, corriqueiro em culturas alienígenas, da indispensável assunção, pela doutrina, de seu papel formulador e sistematizador da jurisprudência. Nesse aspecto, mostra-se significativa a agenda de sucessivos Congressos organizados pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil. Após o I Congresso do IBDCivil, ocorrido no Rio de Janeiro em 2012, dedicado à relação entre Liberdades e Tecnologia, o II Congresso do IBDCivil, realizado em 2013 em Curitiba, ocupou-se especificamente do tema Direito Civil e Construção Jurisprudencial, deflagrando ampla pesquisa a partir da constituição de Observatório Nacional de Jurisprudência. Anuncia-se agora o III Congresso Brasileiro de Direito Civil, organizado pelo IBDCivil com a OAB-PE, a se realizar em Recife nos dias 10 a 12 de agosto de 2015, com ampla agenda voltada para o Direito civil: interpretação e o protagonismo da doutrina. O eixo central desses eventos tem sido precisamente o estabelecimento de canais de comunicação entre a prática judiciária e a atividade do doutrinador, de modo a estimular cada vez mais a definição precisa de suas indispensáveis funções, especialmente diante da evolução da técnica legislativa e dos novos direitos.

A urgência da pauta proposta decorre da constatação de que tais papéis tem se sobreposto nas últimas décadas na experiência brasileira, em prejuízo da segurança do jurisdicionado. De um lado, vê-se difusamente jurisprudência desacompanhada de base teórica sólida, que assegure coerência sistemática ao conjunto de julgados. De outro, literatura jurídica dominada por manuais para concursos, tomados como doutrina, valem-se muitas vezes de decisões isoladas (chamadas açodadamente de jurisprudência) para a condução ou validação de seus próprios entendimentos. Cria-se, então, círculo vicioso em que a doutrina deixa de orientar as decisões jurisprudenciais, as quais, por sua vez, não apresentam caráter orgânico apto a indicar modelos de comportamento confiáveis. O descompasso entre as funções da doutrina e da magistratura suscita inquietante insegurança, na medida em que se perdem as referências que deveriam balizar o convívio social.

No direito contemporâneo, em que a técnica regulamentar perde espaço para as cláusulas gerais – mais eficientes diante da multiplicidade e complexidade das hipóteses fáticas de incidência, no mundo em frenética transformação –, torna-se imprescindível reformular a antiga noção de segurança jurídica. Esta não se identifica com a clareza da regra abstrata senão com a argumentação coerente que deve fundamentar e motivar as decisões, encontrando-se ou não na presença de regras (aparentemente) claras. Se assim é, como parece, mostra-se urgente a assunção pela doutrina de seu papel orientador e sistematizador, para que forneça aos juízes, para além das apostilhas impressas como cursos de direito, os fundamentos dogmáticos de suas decisões, com base em premissas teóricas sólidas e bem definidas. Com isso ganhará em muito a jurisprudência, a doutrina e o jurisdicionado, transformando a decantada crise da segurança jurídica em círculo virtuoso em que, fortalecida a motivação das decisões, melhor se torna a prestação jurisdicional e, conseqüentemente, a estima (e a autoestima) dos doutrinadores, cuja boa atuação se reverte necessariamente em proveito para a sociedade.

G.T.