

# *Revista Brasileira de Direito Civil*

**IBDCivil**

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

**VOLUME 6**

OUT/DEZ 2015

**Doutrina Nacional** / Aline de Miranda Valverde Terra / Daniela de Carvalho Mucilo / Daniel Bucar/ Luciano L. Figueiredo/ Paula Greco Bandeira / Rafael Ferreira Bizelli

**Doutrina Estrangeira** / Lorenzo Mezzasoma

**Pareceres** / Gustavo Tepedino

**Vídeos e Áudios** / Heloisa Helena Barboza

## APRESENTAÇÃO

A **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** 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 à 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;
  - (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](mailto: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**

- Novas famílias entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades **6**  
– Gustavo Tepedino

## **Doutrina nacional**

- A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como **9**  
instrumentos de gestão de risco nos contratos – Aline de Miranda  
Valverde Terra e Paula Greco Bandeira
- Situações jurídicas patrimoniais: funcionalização ou comunitarismo? – **26**  
Daniel Bucar e Daniela de Carvalho Mucilo
- Alimentos compensatórios: compensação econômica e equilíbrio **42**  
patrimonial – Luciano L. Figueiredo
- Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses **69**  
extrapatrimoniais – Rafael Ferreira Bizelli

## **Doutrina estrangeira**

- Disciplina del contratto, tutela del contraente debole e valori **95**  
costituzionali – Lorenzo Mezzasoma

## **Pareceres**

- A cobrança de direitos autorais sobre as obras musicais e fonogramas **128**  
transmitidos via *Internet* – Gustavo Tepedino

## **Vídeos e áudios**

--

Dez anos do Código Civil: como tratar os efeitos jurídicos da biotecnologia? – Palestra proferida pela Professora Heloisa Helena Barboza

## **Submissão de artigos**

**151**

Saiba como fazer a submissão do seu artigo para a Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil

## NOVAS FAMÍLIAS ENTRE AUTONOMIA EXISTENCIAL E TUTELA DE VULNERABILIDADES

Gustavo Tepedino

A evolução do tratamento jurídico das famílias revela movimento pendular entre dois valores caros ao atual sistema jurídico. Em primeiro lugar, a necessidade de se assegurar a liberdade nas escolhas existenciais que, na intimidade do recesso familiar, possa propiciar o desenvolvimento pleno da personalidade de seus integrantes. Esse o propósito do art. 1.513 do Código Civil: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Por outro lado, a tutela das vulnerabilidades e das assimetrias econômicas e informativas, para que a comunhão plena de vida se estabeleça em ambiente de igualdade de direitos e deveres (art. 1.511, Código Civil, *ex vi* do art. 226, § 5º, C.R.), com o efetivo respeito da liberdade individual. Tendo-se presentes esses dois vetores, e diante das intensas modificações ocorridas nas últimas décadas na estrutura das entidades familiares, torna-se indispensável a reformulação dos critérios interpretativos, a despeito da resiliência, de alguns setores da doutrina e da magistratura, de admitir a incompatibilidade entre antigos dogmas de cunho religioso e político com tão radicais transformações – fenomenológica, percebida na sociedade ocidental, e axiológica, promovida pela legalidade constitucional.

A Constituição da República consagrou nova tábua de valores, da qual se pode extrair a transformação do conceito de unidade familiar que sempre esteve na base do sistema. Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230, C.R., que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus integrantes e ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. De outra forma não se consegue explicar a proteção constitucional às entidades familiares não fundadas no casamento (art. 226, § 3º) e às famílias monoparentais (art. 226, § 4º); a igualdade de direitos entre homem e

mulher na sociedade conjugal (art. 226, § 5º); a garantia da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal independentemente de culpa (art. 226, § 6º); o planejamento familiar voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º) e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica (art. 226, § 8º).

A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, ainda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes — particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do marido — justificava-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do Código Civil de 1916 aos relacionamentos extraconjugais, simbolizados pelo estigma da concubina. O sacrifício individual, em todas as hipóteses de fracasso no relacionamento conjugal, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula *mater* da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal.

O constituinte de 1988, todavia, além dos dispositivos acima enunciados, consagrou, no art. 1º, III, entre os princípios fundamentais da República, que antecedem todo o texto maior, a dignidade da pessoa humana, impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com *status* constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família. Assim sendo, a família deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que — e somente na exata medida em que — se constitua em um núcleo intermediário de autonomia existencial e de desenvolvimento da personalidade dos filhos, com a promoção isonômica e democrática da dignidade de seus integrantes.

O afeto torna-se, nessa medida, elemento definidor de situações jurídicas, ampliando-se a relação de filiação pela posse de estado de filho e flexibilizando-se, com benfejeira elasticidade, os requisitos para a constituição da família. O direito de família passa a atribuir particular importância (não à afetividade como declaração subjetiva ou obscura reserva mental de sentimentos não demonstrados, mas) à percepção do sentimento do afeto na vida familiar e na alteridade estabelecida no seio da vida comunitária. Nessa esteira, situa-se a ampla admissibilidade, pela jurisprudência atual, de

entidades familiares extraconjugais, incluindo-se a união de pessoas do mesmo sexo, as famílias simultâneas, cuja repercussão geral foi reconhecida (STF, RG no ARE 656.298/SE), além das uniões poliafetivas, reguladas pelo tabelionato (escritura pública foi lavrada pelo 15º Ofício de Notas/RJ para contratualizar união entre 3 mulheres), e cuja eficácia, no âmbito do direito de família, ainda é objeto de controvérsia, justamente porque o conceito de família há de ser necessariamente elástico, em contínua evolução (cfr. <<jota.info/dilemas-do-afeto>>)

Entretanto, há de se cuidar para que não se banalizem os sentimentos e o afeto, submetidos à percepção valorativa de cada magistrado ou, pior, às pretensões egoístas e patrimonialistas de protagonistas de conflitos de interesses. E o melhor antídoto para tais riscos mostra-se o balizamento do merecimento de tutela das relações afetivas pelos valores normativos constitucionais (democracia, igualdade, solidariedade, dignidade) que permeiam a legislação infraconstitucional.

No cenário da vida como ela é, o amor por vezes falta, o egoísmo aflora e os deveres estabelecidos nas relações afetivas devem ser integralmente preservados. A alteridade tem consequências para o constituinte. É como se a legalidade constitucional se valesse da percepção do afeto para imediatamente impregná-la e plasmá-la com os valores constitucionais, vinculando as relações jurídicas a deveres de solidariedade e igualdade. Torna-se indispensável, portanto, uma vez introduzida a realidade da vida, do amor e do afeto na experiência normativa, que não se releguem as relações de família à pura espontaneidade, desprovida de valores jurídicos, deixando-se em segundo plano os deveres constitucionais a que corresponde o amor responsável. Autonomia total para os arranjos familiares, sendo a responsabilidade pelo outro e por tudo aquilo que se cativa imprescindíveis na legalidade constitucional.

G.T.