

A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO E SUAS APLICAÇÕES AO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Flávio Tartuce

Doutor em Direito Civil pela USP. Professor do programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade Especializada em Direito (FADISP). Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação lato sensu em Direito Privado da Escola Paulista de Direito (EPD), sendo coordenador destes últimos. Professor da Rede LFG. Diretor nacional e estadual do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Advogado e consultor jurídico em São Paulo.

Sumário: 1. O Novo Código de Processo Civil. Panorama geral. A inclusão expressa da técnica da ponderação no texto legal. 2. A técnica da ponderação segundo Robert Alexy. Confrontação com a regra do art. 489, § 2º, do Novo CPC. 3. Algumas aplicações concretas da técnica da ponderação no Brasil. 4. Críticas ao uso da técnica da ponderação no Brasil e premissas para o seu afastamento. 5. Aplicações da técnica da ponderação para resolver problemas de Direito de Família e das Sucessões no Brasil. 6. Conclusão. 7. Referências.

1 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PANORAMA GERAL. A INCLUSÃO EXPRESSA DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NO TEXTO LEGAL

Temos um Novo Código de Processo Civil. Após cerca de seis anos de elaboração, tramitação e *vacatio legis*, entra em vigor a Lei n. 13.105/2015, que institui o Estatuto Instrumental emergente. Como se retira da sua exposição de motivos, escrita pela comissão de juristas que elaborou o seu texto no Senado Federal, “um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que tem cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão,

sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo”.¹

Realmente, o Código de Processo Civil de 1973 estava distante da realidade constitucional brasileira, especialmente da tutela dos direitos fundamentais e de mecanismos elencados pelo Texto Maior para uma maior eficiência na resolução das contendas. Muito ao contrário da norma anterior, o Novo CPC traz um dispositivo inaugural de grande relevo, a proporcionar uma *ponte* com a Constituição Federal de 1988, segundo o qual “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. Inaugura-se, assim e expressamente na lei, a *constitucionalização do processo*, que, segundo Zulmar Duarte de Oliveira Jr., é

fato conhecido e reconhecido aqui e acolá, tendo sido de grande relevo para o próprio fortalecimento e democratização do país, haja vista que ‘a passagem dos direitos e liberdades às constituições representa uma das maiores conquistas políticas da invenção da democracias’ (MIRANDA, 1954, p. 37).²

A concretizar essa constitucionalização do Direito Processual Civil, com relação umbilical com a constitucionalização do Direito Civil, visão de sistema que há muito tempo tem especial destaque na dogmática brasileira, merece relevo o teor do art. 8º do Novo CPC, que coloca o princípio da dignidade da pessoa humana como fio condutor prioritário das decisões judiciais. Enuncia a norma emergente que, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Acreditamos que tal norma é dirigida não só ao Direito Processual, mas a todo o Direito brasileiro, como verdadeira regra hermenêutica global que completa o antigo art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.³

Feitas tais considerações preliminares, constata-se ainda que estava o Código de Processo Civil anterior desassociado da realidade de nossas principais leis materiais, especialmente do Código Civil de

¹ Conforme se retira de: FUX, Luiz; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. Novo CPC comparado. São Paulo: GEN/Método, 2015, p. 305.

² DUARTE DE OLIVEIRA JR., Zulmar. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – Parte geral. São Paulo: GEN/Método, 2015, p. 1-2.

³ Com teor mais singelo, e – por que não dizer? – superado, estabelece o art. 5º da Lei de Introdução que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

2002 e do Código de Defesa do Consumidor. Como é notório, essas duas normas adotaram um *sistema aberto*, baseado em cláusulas gerais e em conceitos legais indeterminados. Por seu turno, a norma processual antecedente trazia em seu conteúdo uma essência positivista, hermética e fechada. Ao contrário do seu antecessor, o Novo Código de Processo Civil está recheado de conceitos normativos sem definição imediata, assim como as duas leis subjetivas citadas.

Nesse contexto de abertura semântica, além dos conceitos retirados do seu art. 8º, ora transcrito, merecem ser destacados a boa-fé objetiva processual e o dever de cooperação processual, abstraídos dos arts. 5º e 6º do CPC/2015. Nos termos do primeiro comando, “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Em complemento, prescreve o preceito seguinte que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Conforme bem leciona Alexandre Freitas Câmara,

não se trata, pois, apenas de se exigir dos sujeitos do processo que atuem com boa-fé subjetiva (assim entendida a ausência de má-fé), mas com boa-fé objetiva, comportando-se de maneira como geralmente se espera que tais sujeitos se conduzam. A vedação do comportamento contraditório (*nemo venire contra factum proprium*), a segurança resultante de comportamentos duradouros (*supressio e surrectio*), entre outros corolários da boa-fé objetiva, são expressamente reconhecidos como fundamentais para o desenvolvimento do processo civil. A boa-fé objetiva processual orienta a interpretação da postulação e da sentença, permite a imposição de sanção ao abuso de direitos processuais e às condutas dolosas de todos os sujeitos do processo, e veda seus comportamentos contraditórios.⁴

Em resumo, assim como ocorreu com o Código Civil de 2002, o Código de Processo Civil de 2015 traz em seu conteúdo a transposição da *boa-fé subjetiva* – intencional, psicológica – para a *boa-fé objetiva* – comportamental e concretizada na atuação das partes.

Vale dizer que os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais mereceram especial atenção pelo art. 489 do Novo *Codex*, o dispositivo mais comentado e criticado da legislação instrumental emergente e que constitui o seu *coração*. Esse é o comando que elenca os elementos essenciais da sentença, exigindo a fundamentação e a motivação profunda das decisões judiciais, sempre na linha das súmulas e precedentes consolidados pelos Tribunais Superiores.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7.

Nos termos do seu § 1º, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

a) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; b) *empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso*, o que aqui merece destaque; c) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; d) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; e) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e f) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Como consequência, a sentença que não contiver tais requisitos será considerada nula, pois todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de sua nulidade, na expressão do art. 11 do próprio CPC/2015.

A propósito, pontue-se que a preocupação com a boa-fé objetiva processual volta a surgir nesse mesmo art. 489 do CPC/2015, sendo esta um elemento integrador da decisão, pois “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé” (§ 3º). Como comentam com precisão Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga,

os signos (palavras, números e outros símbolos) utilizados pelo órgão julgador na decisão devem ser interpretados conforme a boa-fé e com os usos do lugar da celebração. Se uma determinada palavra vinha sendo utilizada, ao longo de todo o processo, em uma determinada acepção, a interpretação da decisão em que esta palavra aparece não pode, por exemplo, dar a ela um sentido diverso. Se, em outro exemplo, em determinada comunidade, uma expressão consagrou-se, pelo uso, em um sentido, não pode, ao interpretar-se posteriormente, dar a ela um sentido incompatível com aquele a ela sempre se atribuiu.⁵

Em complemento às ilustrações citadas pelos doutrinadores, acreditamos que a última regra pode conduzir o julgador a decidir em desfavor daquele que se comporta mal no curso do processo, especialmente nos casos em que seu convencimento não esteja totalmente

⁵DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015, p. 725.

formado, pela existência de teses conflitantes com argumentos fortes e convincentes de ambas as partes.

Além de todas essas inovações, e sem prejuízo de outras, o Novo Código de Processo Civil consagrou expressamente outro mecanismo importante para efetivar a constitucionalização do Direito, qual seja, a *técnica de ponderação de princípios, valores e normas*. O mesmo art. 489 do CPC/2015, ao tratar dos elementos da sentença, estabelece em seu § 2º que, “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Essa técnica passa a ser estudada a partir do presente momento, com a análise de sua essência e de casos práticos em que é viável a sua incidência, especialmente para o Direito de Família e das Sucessões.

2 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO SEGUNDO ROBERT ALEXY. CONFRONTAÇÃO COM A REGRÁ DO ART. 489, § 2º, DO NOVO CPC

A técnica de ponderação é um mecanismo argumentativo de grande relevo para a solução das problemáticas atuais mais complexas. Não restam dúvidas de que esse relevante artifício de lógica jurídica é associado à visão civil-constitucional do sistema, pois, *a priori*, é a partir da Constituição Federal que são resolvidos problemas essencialmente privados.

A sistematização da ideia de pesagem ou sopesamento remonta ao estudo de Robert Alexy, professor da Universidade de Kiel, Alemanha, traduzido no Brasil por Virgílio Afonso da Silva, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.⁶ Parece-nos que foram as lições do jurista tedesco que influenciaram a elaboração do dispositivo inserido no Código de Processo Civil de 2015. De toda sorte, vale lembrar que Alexy trata em sua obra da ponderação de direitos fundamentais. A ponderação constante do Novo CPC é mais ampla, tratando de normas. Essa é a diferença essencial entre as duas ponderações, a conduzir à existência de uma ponderação à brasileira.

Tratando da inserção da norma no Novo Código de Processo Civil, demonstram Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga a insuficiência de a ponderação ser utilizada apenas para resolver conflitos de direitos fundamentais. Segundo os autores, citando a posição de Humberto Ávila,

⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

a ponderação não é exclusividade dos princípios: as regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar no sentido superado por razões contrárias; as regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos legais indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão da ponderação. [...] Por outro lado, Ávila entende que nem mesmo o sopesamento é exclusivo dos princípios; as regras também possuem uma dimensão de peso. Prova disso seriam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o seu sentido em função dos valores e fins a que elas visavam resguardar. A dimensão de peso não é algo inato à norma, mas uma qualidade das razões e dos fins a que ela se refere e que é atribuída a partir de um juízo valorativo do aplicador.⁷

Vale lembrar que o Professor Fredie Didier Jr. teve atuação destacada na elaboração do então projeto de Novo CPC, quando da sua tramitação na Câmara dos Deputados, sendo ele um dos entusiastas e incentivadores da introdução desse mecanismo no Estatuto Processual emergente.

Ao demonstrar a importância da construção da ponderação, Luís Roberto Barroso compara a subsunção – incidência direta da norma – a um quadro geométrico com três cores distintas e bem nítidas. A ponderação, nessa mesma simbologia, será uma pintura moderna, “com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que as outras, mas formando uma unidade estética”.⁸ Entretanto, o jurista faz um alerta: “Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna”.⁹ Cabe esclarecer que o Ministro Barroso tem-se revelado um entusiasta da ponderação, fazendo uso desta técnica em seus julgamentos no Supremo Tribunal Federal, como ocorreu no julgamento da ADIN que tratou das biografias não autorizadas, como se verá a seguir.

Em sua obra, visando à ponderação, Alexy parte de algumas premissas que são tidas como básicas para que a pesagem ou o sopesamento entre os princípios seja possível e que, repise-se, parecem ter sido adotadas pela Nova Norma Instrumental Brasileira.

⁷ DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. Curso de direito processual civil. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 325.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 334.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 334.

Como primeira premissa, o doutrinador alemão traz o entendimento de que os direitos fundamentais têm, na maioria das vezes, a estrutura de princípios, sendo mandamentos de otimização “caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.¹⁰

Em seguida, como segunda premissa, é reconhecido que, em um sistema em que há o comprometimento com valores constitucionais, pode ser frequente a ocorrência de colisões entre os princípios, o que, invariavelmente, acarretará restrições recíprocas entre os valores tutelados. Consigne-se que, de acordo com o jurista germânico, a colisão entre regras e princípios é distinta, uma vez que, no primeiro caso, uma das regras deve ser retirada obrigatoriamente do sistema, o que não ocorre no segundo.¹¹ Por isso, nas últimas hipóteses pode-se falar em relativização de princípios ou mesmo em direitos fundamentais, uma vez que princípios com peso maior devem prevalecer sobre princípios com peso menor.

Presente o conflito entre princípios, sem que qualquer um deles seja retirado do sistema, como terceira premissa o aplicador do Direito deve fazer uso da técnica de ponderação. Em tal sopesamento, na presença da lei de colisão, os princípios são numerados por P1 e P2; C são as condições de procedência de um princípio sobre o outro, enquanto T1, T2, T3 são os fatores fáticos que influenciam a colisão e a conclusão.¹² A aplicação da ponderação nada mais é do que a solução do caso concreto de acordo com a máxima da proporcionalidade.¹³ De toda sorte, esclareça-se que a técnica da ponderação parece significar uma proporcionalidade ou razoabilidade formatada, baseada na fórmula apresentada pelo jurista.

Encerrando, a quarta e última premissa é a de que a pesagem deve ser fundamentada, calcada em uma argumentação jurídica com solidez e objetividade, para não ser arbitrária e irracional. Para tanto, deve ser bem clara e definida a fundamentação de enunciados de preferências em relação a determinado valor constitucional.¹⁴

¹⁰ ALEX, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

¹¹ ALEX, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92-93.

¹² ALEX, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94-99.

¹³ ALEX, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

¹⁴ ALEX, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 166-176.

Para explicar a ponderação, Alexy relata o caso Lebach. A emissora alemã ZDF tinha a intenção de exibir documentário intitulado O assassinato de soldados em Lebach, que contava a história do assassinato de quatro soldados alemães que faziam sentinela em um depósito, o que culminou com o roubo de munição do exército alemão, incidente ocorrido em 1969. Um dos condenados pelo crime estava prestes a ser solto às vésperas da veiculação do programa televisivo, no qual era citado nominalmente. Então, ingressou ele com uma medida cautelar para que o programa não fosse exibido, pois haveria uma clara afronta ao seu direito fundamental à imagem. O Tribunal Estadual na Alemanha rejeitou o pedido do autor da demanda para a não exibição do documentário, o que foi confirmado pelo Tribunal Superior Estadual, diante da liberdade de informar e do interesse coletivo quanto ao conteúdo do documentário.¹⁵

A questão chegou até a Suprema Corte alemã, que a resolveu a partir da ponderação de princípios constitucionais. A argumentação do julgamento foi dividida em três etapas.

Na primeira delas, foi demonstrada a colisão entre o direito à imagem ou à personalidade (*P1*) e a liberdade de informar (*P2*), dois valores constitucionalmente tutelados e de mesmo nível. A prevalência de *P1* levaria à proibição do programa, enquanto a prevalência de *P2*, à sua exibição. Na segunda etapa, o julgamento conclui inicialmente pela prevalência de *P2* sobre *P1*, em uma relação de procedência, diante dos interesses coletivos à solução de crimes.

Contudo, na terceira etapa, houve a conclusão pela prevalência de *P1*, no sentido de que o documentário não deveria ser exibido. Dois fatores fáticos substanciais acabaram por influenciar o sopesamento ou a ponderação efetuada. A primeira delas é que não haveria mais um interesse atual pela notícia do crime. Além disso, o Tribunal Constitucional alemão entendeu que haveria um risco para a ressocialização do autor da demanda, o que acabou por representar, na opinião deste autor, uma prevalência do chamado direito ao esquecimento.¹⁶

¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 100.

¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101-102. A respeito do tema do direito ao esquecimento, no Brasil, destaque-se o Enunciado n. 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal em 2013, segundo o qual “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Conforme as suas justificativas, “os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.

Em suma, como se pode perceber, no caso concreto que levou Alexy a desenvolver a técnica da ponderação, houve a prevalência da proteção da intimidade em relação ao direito de informação e à liberdade de imprensa. De modo bem diferente têm julgado os Tribunais Superiores brasileiros em casos de colisão de direitos como o exposto, como será desenvolvido no próximo tópico deste estudo.

3 ALGUMAS APLICAÇÕES CONCRETAS DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NO BRASIL

Partindo para os casos brasileiros, especialmente para aqueles em que há a colisão entre a tutela da imagem (art. 5º, incisos V e X, da Constituição) e a tutela da informação (art. 5º, incisos IV, IX e XIV), ponderação similar à descrita no *caso Lebach* foi realizada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso que envolvia a apresentadora de televisão Daniella Cicarelli, que foi flagrada em relações íntimas com o namorado em uma praia da Espanha, tendo as imagens reproduzidas no YouTube, *site* especializado em vídeos mantido pela Google.

O Tribunal Bandeirante, em demanda inibitória de tutela da personalidade proposta por ambos, acabou concluindo pela não exibição das imagens, de forma definitiva. Conforme consta da ementa do aresto, a esfera íntima da pessoa goza de proteção absoluta, “ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de TV”. Julgou-se que não haveria interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais, decidindo-se, ao final, pela manutenção da tutela antecipada concedida em outros recursos. Por fim, deu-se provimento ao recurso para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em *websites*, por não ter ocorrido consentimento para a publicação, sendo preservada a multa diária de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), “para inibir transgressão ao comando de abstenção” (TJSP, Apelação Cível 556.090.4/4-00/ SP, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Enio Zuliani, julgado em 12.06.2008, Data de Registro: 17.07.2008).

Obviamente, outras questões, inclusive aquelas relacionadas às reparações dos danos, ainda estão sendo discutidas judicialmente nesse caso concreto. A situação fática do caso coloca em xeque o tão criticado art. 20 do Código Civil, dispositivo este que não pode deixar de lado os valores constitucionais, caso do direito à informação e à liberdade de imprensa.¹⁷ A redação desse polêmico comando material

¹⁷ Críticas contundentes quanto ao comando legal podem ser observadas em: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. I, p. 49-58.

é a seguinte: “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

Como se percebe, o art. 20 do CC/2002 traz apenas duas exceções expressas para a utilização da imagem alheia, sem autorização: *a)* quando a pessoa ou o fato interessar à administração da justiça, como no caso de solução de crimes; *b)* quando a pessoa ou o fato interessar à ordem pública, expressão genérica e aberta que merece preenchimento casuístico. E nada mais. Como salienta a atenta doutrina, deve-se fazer a devida ponderação dos valores envolvendo as demandas fundadas em tal comando, não se olvidando da função social do uso de imagem, ou seja, o fato de que a informação pode ter uma finalidade coletiva.

A propósito, no âmbito doutrinário, tentando *iluminar as trevas* relativas à tutela da imagem, na *IV Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça foi aprovado o Enunciado n. 279, com a seguinte redação:

Art. 20. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Como antes demonstrado, a técnica da ponderação não é simples e demanda a análise de vários critérios, dependendo das circunstâncias fáticas e dos direitos e normas envolvidos, como realmente deve ser. Vários julgados superiores enfrentam esse problema de ponderar a *tutela da imagem e da intimidade x o direito à liberdade de imprensa e à informação*. A este autor parece não existir um caminho para encontrar a solução melhor em tais dilemas, que não seja a ponderação. Como temos afirmado em vários ambientes, a ponderação deve entrar em cena em casos excepcionais, quando a lei é insuficiente ou ausente para resolver os casos concretos.

Para ilustrar, em um primeiro aresto, concluiu o Superior Tribunal de Justiça, em decisão publicada no seu *Informativo* n. 396, que

[...] há, na questão, um conflito de direitos constitucionalmente assegurados. A Constituição Federal assegura a todos a liberdade de pensamento (art. 5º, IV), bem como a livre manifestação desse pensamento (art. 5º, IX) e o acesso à informação (art. 5º, XIV). Esses direitos salvaguardam a atividade da recorrente. No entanto, são invocados pelo recorrido os direitos à reputação, à honra e à imagem, assim como o direito à indenização pelos danos morais e materiais que lhe sejam causados (art. 5º, X). Para a solução do conflito, cabe ao legislador e ao aplicador da lei buscar o ponto de equilíbrio no qual os dois princípios mencionados possam conviver, exercendo verdadeira função harmonizadora. [...] Na hipótese, constata-se que a reportagem da recorrente, para sustentar essa sua afirmação, trouxe ao ar elementos importantes, como o depoimento de fontes fidedignas, a saber: a prova testemunhal de quem foi à autoridade policial formalizar notícia-crime e a opinião de um procurador da República. Ademais, os autos revelam que o próprio repórter fez-se passar por agente interessado nos benefícios da atividade ilícita, obtendo gravações que efetivamente demonstravam a existência de engenho fraudatório. Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, divulgava-se em cadeia nacional. Acresça-se a isso que o próprio recorrido revela que uma de suas empresas foi objeto de busca e apreensão. Ao público, foram dadas as duas versões do fato: a do acusador e a do suspeito. Os elementos que cercaram a reportagem também mostram que havia fatos a serem investigados. O processo de divulgação de informações satisfaz o verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial. Desse modo, vê-se claramente que a recorrente atuou com a diligência devida, não extrapolando os limites impostos à liberdade de informação. A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado altere-se. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, mostre-se improcedente. Por esses motivos, deve-se concluir que a conduta da recorrente foi lícita, havendo violação dos arts. 186 e 927 do CC/2002. [...] (STJ, REsp 984.803/ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.05.2009).

Reafirme-se que, a propósito desse problema e de outros que podem surgir, tem-se colocado em dúvida a incidência do art. 20 do Código Civil nos últimos anos, pois o conteúdo da norma tem implicado verdadeira censura, notadamente de obras biográficas de

figuras históricas e que despertam o interesse coletivo. Nessa realidade, foi proposta uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal contra o referido dispositivo, pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ADIn 4.815, intentada em julho de 2012). O pedido da ação era no sentido de ser reconhecida a inconstitucionalidade parcial dos arts. 20 e 21 do CC/2002, sem redução de texto, “para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, *a fortiori*, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, elaboradas a respeito de pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo”. A petição inicial foi acompanhada de parecer muito bem construído pelo professor Gustavo Tepedino.

Corretamente, no início de junho de 2015, o Supremo Tribunal Federal, com unanimidade, julgou procedente a referida ação, prestigiando a liberdade de expressão e afastando a censura prévia das biografias não autorizadas no Brasil. Conforme a decisão final da Relatora, Ministra Cármen Lúcia:

Pelo exposto, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme a Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, *a*) em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexistente o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas); *b*) reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização.

Em suma, julgou-se pela impossibilidade da censura prévia das obras, devendo os abusos e excessos ser resolvidos a partir do abuso de direito e da correspondente responsabilização civil do agente causador do dano.

Além da precisa relatoria, merecem destaque as anotações do Ministro Luís Roberto Barroso, amparando suas conclusões na técnica de ponderação. Conforme suas lições, “a ponderação é uma forma de estruturar o raciocínio jurídico. Há diferentes modos de trabalhar com ela. Do modo como eu opero a ponderação, ela se desenvolve em três

etapas: a) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso; b) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; c) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa”.

Em complemento, ao tratar dos arts. 20 e 21 do Código Civil, leciona o próprio Ministro Barroso que afirmar a liberdade de expressão como preponderante em relação à intimidade decorre de três razões. A primeira razão é que “o passado condena. A história da liberdade de expressão no Brasil é uma história acidentada. A censura vem de longe: ao divulgar a Carta de Pero Vaz de Caminha, certidão de nascimento do país, o Padre Manuel Aires do Casal cortou vários trechos que considerou ‘indecorosos’”. Como segunda razão, destaca o jurista que “a liberdade de expressão é pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais. Os direitos políticos, a possibilidade de participar no debate público, reunir-se, associar-se e o próprio desenvolvimento da personalidade humana dependem da livre circulação de fatos, informações e opiniões. Sem liberdade de expressão e de informação não há cidadania plena, não há autonomia privada nem autonomia pública”. Por fim, a terceira razão apontada pelo Ministro Barroso em sua decisão está relacionada ao fato de ser a liberdade de expressão “indispensável para o conhecimento da história, para o progresso social e para o aprendizado das novas gerações”. Com isso, felizmente, as biografias não autorizadas passam a ser possíveis no Brasil, não se admitindo mais a censura prévia.

Feitas tais considerações, e partindo para outra hipótese fática, no tocante à responsabilidade civil, a ponderação também serve para solucionar a hipótese fática envolvendo o paciente médico baleado e que se nega à intervenção cirúrgica por convicções religiosas. A questão coloca em jogo, de um lado, o direito à vida (art. 1º, inciso III, da CF/1988) e, de outro, o direito às convicções religiosas, diante da proteção da liberdade de crença prevista no Texto Maior (art. 5º, inciso VI).

Conforme alguns julgados, de correta ponderação, deve prevalecer o primeiro sobre o segundo, com a rejeição da demanda indenizatória proposta pelo paciente que sobreviveu graças ao médico que o salvou e ao hospital. Concluindo por esse caminho, no sentido de que a proteção da vida prevalece sobre as convicções religiosas.¹⁸

¹⁸ Veja-se, nessa linha: “Indenizatória. Reparação de danos. Testemunha de Jeová. Recebimento de transfusão de sangue quando de sua internação. Convicções religiosas que não podem prevalecer perante o bem maior tutelado pela Constituição Federal que é a vida. Conduta dos médicos, por outro lado, que se pautou dentro da Lei e ética profissional, posto que somente efetuaram as transfusões sanguíneas após esgotados todos os tratamentos alternativos. Inexistência, ademais, de recusa expressa a receber transfusão de sangue quando da

De qualquer maneira, a questão não é pacífica, eis que alguns doutrinadores concluem de maneira diversa pela prevalência das convicções religiosas sobre o direito à vida. Nessa linha, entende Anderson Schreiber que é

intolerável, portanto, que uma Testemunha de Jeová seja compelida, contra a sua livre manifestação de vontade, a receber transfusão de sangue, com base na pretensa superioridade do direito à vida sobre a liberdade de crença. Note-se que a priorização da vida representa, ela própria, uma ‘crença’, apenas que da parte do médico, guiado, em sua conduta, por um entendimento que não deriva das normas jurídicas, mas das suas próprias convicções científicas e filosóficas. [...]. A vontade do paciente deve ser respeitada, porque assim determina a tutela da dignidade humana, valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.¹⁹

Também adotando o entendimento pela prevalência da vontade do paciente por convicções religiosas, na *V Jornada de Direito Civil* foi aprovado o seguinte enunciado doutrinário (Enunciado n. 403):

O direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: *a)* capacidade civil plena, excluído o suprimimento pelo representante ou assistente; *b)* manifestação de vontade livre, consciente e informada; e *c)* oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.

Em suma, como se pode perceber, a questão é polêmica, sendo totalmente insuficiente, para resolver esse dilema, o art. 15 do Código Civil. Entendemos que tal dispositivo parece desconsiderar a proteção da vida como valor supremo, em prol da conveniência pessoal do paciente, ao preceituar que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Ora, presente o risco de vida (ou melhor, de morte), no caso de não submissão ao tratamento, em regra, deve a vontade prevalecer? Acreditamos que não, ponderando-se pela vida, devendo ser feita a ressalva, como exceção, aos casos de paciente terminal, com impossibilidade de reversão de quadro clínico, que pretende a prevalência de

internação da autora. Ressarcimento, por outro lado, de despesas efetuadas com exames médicos, entre outras, que não merece acolhido, posto não terem sido os valores despendidos pela apelante. Recurso não provido” (TJSP, Acórdão 123.430-4/Sorocaba, Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Flavio Pinheiro, j. 07.05.2002).

¹⁹SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011, p. 52.

sua vontade naquilo que se convencionou denominar como *testamento vital* ou *biológico*.

Nessa seara, alterando-se substancialmente os fatos, modifica-se a conclusão do sopesamento. Assim, o presente autor é filiado ao teor do que consta do art. 41 do Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, segundo o qual é vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Como única ressalva, estabelece o parágrafo único da norma ética que, nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis, sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Partindo para outro caso concreto, como resolver a situação fática, que não seja pela ponderação, do sujeito que demandou laboratório de análises clínicas que lhe apresentou exame positivo de HIV sem que houvesse pedido seu e de médico? *In casu*, o exame solicitado era de hepatite, e não de AIDS, sustentando o autor da ação a existência de um *direito fundamental de não saber*. Conforme publicação do *decisum*,

[...] trata-se, na origem, de ação de reparação por danos materiais e compensação por danos morais contra hospital no qual o autor, recorrente, alegou que preposto do recorrido, de forma negligente, realizou exame não solicitado, qual seja, anti-HIV, com resultado positivo, o que causou enorme dano, tanto material quanto moral, com manifesta violação da sua intimidade. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu que, sob o prisma individual, o direito de o indivíduo não saber que é portador de HIV (caso se entenda que este seja um direito seu, decorrente da sua intimidade) sucumbe, é suplantado por um direito maior, qual seja, o direito à vida longa e saudável. Esse direito somente se revelou possível ao autor da ação com a informação, involuntária é verdade, sobre o seu real estado de saúde. Logo, mesmo que o indivíduo não queira ter conhecimento da enfermidade que o acomete, a informação correta e sigilosa sobre o seu estado de saúde dada pelo hospital ou laboratório, ainda que de forma involuntária, tal como no caso, não tem o condão de afrontar sua intimidade, na medida em que lhe proporciona a proteção de um direito maior. Assim, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso. (REsp 1.195.995/SP, Rel. originária Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Massami Uyeda, j. 22.03.2011).

Comentando o aresto, leciona Lucas Miotto Lopes que “o direito de não saber é um direito distinto do direito à privacidade e só tem

efeitos caso haja a manifestação expressa de preferência. Tem limites na probabilidade da violação de direitos de outras pessoas”.²⁰ Esse limite foi aplicado ao caso exposto, pois o fato de o demandante não saber ser portador do vírus HIV poderia trazer prejuízos a terceiros. Por isso, o seu pedido reparatório em face do laboratório que fez o exame de sangue de maneira equivocada foi corretamente rejeitado, com o uso da técnica de ponderação.

Muito além desses casos, em que a técnica da ponderação se mostrou eficiente, é possível a sua utilização em contendas relativas ao Direito de Família e das Sucessões. Antes de sua exposição, é preciso enfrentar as críticas que são feitas ao seu uso.

4 CRÍTICAS AO USO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NO BRASIL E PREMISSAS PARA O SEU AFASTAMENTO

Não se olvide que técnica da ponderação é criticada por alguns doutrinadores brasileiros, e com contundência. Por todos, cite-se a posição de Lênio Luiz Streck, jurista de grande destaque no País, conforme suas colunas publicadas no informativo *Consultor Jurídico*.

Em um de seus mais recentes textos, argumenta o respeitado professor:

[...]surpreende, portanto, que o novo CPC incorpore algo que não deu certo. Pior: não satisfeito em falar da ponderação, foi mais longe na tropelia epistêmica: fala em colisão entre normas (seria um abaloamento hermenêutico?) o que vai trazer maiores problemas ainda, pela simples razão de que, na linguagem jurídica, regras e princípios são... normas. E são. Já ninguém duvida disso. Logo, o que vai haver de ‘ponderação de regras’ não tem limite. Ou seja, sem exageros, penso que o legislador cometeu um equívoco. Ou as tais ‘normas-que-entram-em-colisão’ seriam os tais ‘postulados’, ‘meta-normas’ pelas quais se faz qualquer coisa com o direito? Isso tem nome: risco de estado de natureza hermenêutico, eis o espectro que ronda, no mau sentido, o direito brasileiro.²¹

²⁰ LOPES, Lucas Miotto. EU não quero saber! Uma defesa do direito de não saber como independente do direito à privacidade. Revista Direito, Estado e Sociedade. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito, n. 45, Rio de Janeiro: PUCRJ, p. 82-97, julho a dezembro de 2014.

²¹ STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! Coluna Senso Incomum. Consultor Jurídico. Publicada em 8 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

E arremata, propondo o veto ao comando pela Presidente da República, o que não ocorreu:

[...] quem disse que a ponderação (seja lá o que o legislador quis dizer com essa expressão) é necessária? Por exemplo, é possível demonstrar que essa história de colisão não passa de um álibi retórico para exercer a escolha arbitrária. Posso demonstrar que onde se diz existir uma ‘tal’ colisão, na verdade o que existe é apenas um artifício para exercitar uma ‘livre escolha’. Jusfilósofos como Juan García Amado ironizam essa ‘manobra pseudoargumentativa’ que é lançar mão da ponderação. O caso Elwanger é um bom exemplo, em que nada havia a ‘ponderar’ (o melhor texto sobre isso é de Marcelo Cattoni): bastava aplicar a lei que dizia que racismo é crime hediondo. Na verdade, posso demonstrar que o argumento da ‘colisão’ sempre chega atrasado. Sempre.²²

Na opinião do presente autor, em tais aspectos, a crítica não se sustenta, sendo pertinente expor nossas razões. Começando pelo final do texto de Lênio Streck, a ponderação é, sim, necessária para resolver os casos de difícil solução, como os que aqui foram mencionados. Como solucionar o dilema entre a liberdade de imprensa e a imagem? Aplicando pura e simplesmente o art. 20 do Código Civil? Ora, isso conduziria à censura, a uma solução inconstitucional. E como resolver o caso antes descrito, relativo ao direito de não saber e os interesses coletivos relativos ao exame de HIV positivo?

Em reforço, não acreditamos que a ponderação seja um ato de livre escolha, totalmente sem critérios. Essa é a *má ponderação*, conforme o alerta do Ministro Luís Roberto Barroso, aqui antes exposto. Nos termos do que consta do Novo CPC, seguindo as lições de Alexy, a *boa ponderação* sempre deve ser fundamentada e utilizada em casos excepcionais, quando a lei não traz a correta solução.

Seguindo nos rebates aos argumentos de Streck, o aumento de poder do julgador nos parece saudável. Isso tem sido incrementado pelas legislações contemporâneas não só no Brasil, como na Europa, baseadas em conceitos abertos, construções legais indeterminadas e cláusulas gerais. O próprio Código de Processo Civil de 2015 confirma essa tendência, conforme antes desenvolvido.

Acrescente-se que, quando da iminência da entrada vigor do Código Civil de 2002, criticava-se o fato de essa legislação material trazer um sistema aberto, que criaria a *ditadura dos juízes*. Em mais

²² STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veto! Coluna Senso Incomum. Consultor Jurídico. Publicada em 8 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

de dez anos de sua vigência, isso não se concretizou. Muito ao contrário, verificou-se que a codificação material se tornou uma lei de toda a comunidade jurídica, e em um sistema democrático, as cláusulas gerais têm sido corretamente preenchidas. Acreditamos que o mesmo caminho será trilhado pelo Novo Código de Processo Civil nos próximos anos.

Pelo sistema de cláusulas gerais, o legislador reconhece que não pode prever tudo, resolver tudo, e atribui um pouco de seu poder aos julgadores. Qual sistema jurídico seria melhor do que esse? Aquele pautado na estrita legalidade? Ora, o *legalismo* não vingou, está superado. É o momento de abrir os sistemas jurídicos. Por que não confiar nos julgadores, deixando a fé somente no legislador?

Em complemento, reafirme-se que para os casos antes expostos não parecer haver outra maneira para resolver os problemas que não seja pela técnica da ponderação. Há tempos a ponderação é utilizada pelos civilistas para resolver os problemas que lhe são levados a conhecimento, especialmente por aqueles que seguem a visão civil-constitucional do sistema jurídico brasileiro. Na seara doutrinária, resumindo a posição de muitos autores de Direito Civil, vale citar o teor do Enunciado n. 274, da *IV Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2006: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

O mesmo deve ser dito nas hipóteses fáticas a seguir analisadas, específicas do âmbito do Direito de Família e das Sucessões.

5 APLICAÇÕES DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO PARA RESOLVER PROBLEMAS DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES NO BRASIL

Quando do *X Congresso Brasileiro de Direito de Família e das Sucessões*, realizado pelo IBDFAM em outubro de 2015, aprovou-se enunciado programático reconhecendo a viabilidade do uso da técnica da ponderação para resolver os problemas relativos ao Direito de Família e das Sucessões. Nos termos literais do Enunciado n. 17 do IBDFAM, seguindo proposta deste autor, “a técnica de ponderação, adotada expressamente pelo art. 489, § 2º, do Novo CPC, é meio adequado para a solução de problemas práticos atinentes ao Direito das Famílias e das Sucessões”. Nesse contexto, podemos citar pelo menos três hipóteses

em que a ponderação é eficiente para resolver as contendas, sem prejuízo de outras situações.

A primeira situação diz respeito à obrigatoriedade de realização do exame de DNA em ação de investigação de paternidade. Sobre o tema, sempre discorreram muito bem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, frequentemente citados em nossos textos. Lembram esses doutrinadores contemporâneos que:

Em artigo publicado no site do Conselho da Justiça Federal, o Ministro Moreira Alves ponderou: ‘No Supremo Tribunal Federal, não há muito, tivemos uma vasta discussão em *habeas corpus*, em que uma juíza havia determinado, debaixo de vara, a condução de um investigando de paternidade que se recusava a extrair sangue para efeito do exame de DNA. A juíza não teve dúvida e disse: conduza-se, ainda que à força. Ele alegava: tenho terror e pânico até de injeção, quanto mais de tirar sangue. Depois de uma vasta discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por 6 votos a 5, considerou-se que isso atingia um direito de personalidade dele de não querer tirar sangue, mas corria contra ele, obviamente, a presunção de que realmente fosse o pai’.²³

Na situação descrita, percebe-se um claro choque entre direitos fundamentais ou de personalidade. De um lado está o direito ao reconhecimento do vínculo de paternidade, o direito à verdade biológica que envolve a dignidade do suposto filho. Do outro, há o direito à integridade física e intimidade do suposto pai, que também diz respeito à sua dignidade. Qual desses direitos deve prevalecer? Mais uma vez, ao presente autor parece não existir outra saída para solucionar o dilema que não seja pela adoção da técnica de ponderação.

Como é notório, o Supremo Tribunal Federal ponderou, por maioria e com grande divergência, a favor do direito do suposto pai, entendendo pela não obrigatoriedade da realização do exame de DNA. Vejamos o teor da ementa do julgamento:

Investigação de paternidade. Exame DNA. Condução do réu ‘debaixo de vara’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implica determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura

²³GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 455.

do Exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (STF, HC 71.373/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, julgado 10.11.1994, DJ 22.11.1996, p. 45.686).

Desse modo, entendeu-se pela proteção dos direitos de quarta geração ou dimensão, aqueles relacionados com o patrimônio genético da pessoa humana, valorizada a sua dignidade à luz do Texto Maior. Como bem aponta Mônica Aguiar, professora da Universidade Federal da Bahia, o julgado acaba representando a tutela do *Habeas Genoma*. Suas palavras merecem destaque, propondo uma nova medida processual para a proteção dos dados biológicos, que não foi adotada pelo Novo CPC, infelizmente:

Outrossim, há que ressaltar que a informação genética é única, singular, haja vista que todo indivíduo é geneticamente irrepetível. Os dados dos genótipos são inalteráveis. [...] A proteção desse direito há de ser garantida pela construção de um instrumento processual próprio intitulado *Habeas Genoma*, que deve ser preferencialmente preventivo para assegurar que não ocorra o acesso ilícito aos dados pessoais do genoma humano.²⁴

De toda sorte, nota-se que, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter entendido pela prevalência dos direitos do suposto pai, diante da não obrigatoriedade do exame, a solução dada foi no sentido da incidência de uma presunção relativa ou *iuris tantum* da paternidade. Como se percebe, acabou por prevalecer o direito do pai em não se submeter ao exame, mas a solução final foi contra os seus interesses, pela existência da citada presunção. Tal tipo de solução é perfeitamente possível nos casos envolvendo a ponderação, ou seja, na expressão machadiana, “ao vencedor, as batatas”!

Consigne-se que essa decisão superior acabou por influenciar a redação dos arts. 231 e 232 do Código Civil de 2002, segundo os quais, respectivamente, “aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa” e “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. Influenciou, ainda, a Súmula n. 301 do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2004, *in verbis*: “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz

²⁴ AGUIAR, Mônica. Direito à intimidade genética em face do art. 232 do Código Civil e sua defesa pela criação de um *habeas genoma*. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). Prova, exame médico e presunção: o art. 232 do Código Civil. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 203.

presunção *juris tantum* de paternidade”. Por fim, cite-se a ainda mais recente, e até dispensável, Lei n. 12.004/2009, que introduziu o art. 2º-A na Lei n. 8.560/1992, com o seguinte teor:

Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Como se nota, a ponderação efetuada pelo Supremo Tribunal Federal acabou por ser positivada na lei, outro efeito salutar que pode advir da técnica.

Ademais, a *decisum* analisada concretizou na prática a máxima constitucional segundo a qual *ninguém pode ser obrigado a fazer prova contra si mesmo*, com amplas consequências não só para o Direito Civil, mas também para outras searas, como no caso da impossibilidade de se obrigar fisicamente os motoristas a se submeterem ao teste do bafômetro.

Exposta essa primeira ilustração, como outro exemplo a respeito da ponderação há uma forte tendência material e processual em apontar a relativização da coisa julgada, particularmente nos casos envolvendo as ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por ausência de provas, em momento em que não existia o exame de DNA. Nesse sentido, prevê o Enunciado n. 109 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, que: “A restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando”.

No âmbito da doutrina, muitos juristas são favoráveis a tal relativização.²⁵ Nessa linha, entre os civilistas, Maria Helena Diniz sustenta que,

sem embargo, diante da quase certeza do DNA, dever-se-ia, ainda, admitir a revisão da coisa julgada (*RT*, 802:213) para fins de investigação de paternidade, em casos de provas insuficientes, produzidas na ocasião da prolação da sentença, para garantir o direito ao respeito à dignidade humana (CF, art. 1º, III), à identidade genética e à filiação, sanando qualquer injustiça que tenha ocorrido em razão de

²⁵ Veja, a esse propósito, os já clássicos textos de Humberto Theodoro Júnior, José Augusto Delgado e Cândido Rangel Dinamarco em obra coordenada por Carlos Valder do Nascimento (NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002).

insuficiência probatória e, além disso, o registro público deve conter a verdade real.²⁶

Todavia, alguns processualistas criticam veemente essa tendência de mitigação, como é o caso, por exemplo, de Nelson Nery Jr.²⁷ Em suas aulas e exposições, o jurista continua a apontar que algo próximo da relativização da coisa julgada foi utilizado na Alemanha nacional-socialista, para que Adolf Hitler impusesse o seu poder. Em outras palavras, para o renomado jurista, a referida relativização traria um precedente perigosíssimo, que poderia até ser utilizado por pessoas com pretensões totalitárias.

Contudo, apesar de tais resistências, pela relativização, em casos excepcionais várias são as manifestações favoráveis entre os civilistas. Em seu primeiro precedente sobre o tema, entendeu o Superior Tribunal de Justiça pela possibilidade de relativização da coisa julgada material em situações tais, em caso envolvendo ação de investigação julgada improcedente em momento anterior, em que não existia o exame de DNA no Brasil.

Conforme se retira desse notório acórdão, que teve como relator o saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira,

[...] não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. Nos termos da orientação da Turma, 'sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza' na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca, sobretudo, da realização do processo justo, 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática

²⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5, p. 555-556.

²⁷ "A supremacia da Constituição é a própria coisa julgada, enquanto manifestação do Estado Democrático de Direito." (NERY JR., Néelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 9. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 598).

das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade'. (STJ, REsp 226.436/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 28.06.2001, DJ 04.02.2002, p.370).

Reafirme-se que, pelo que consta da ementa do julgado, é possível uma nova ação para a prova da paternidade, se a ação anterior foi julgada improcedente, por insuficiência de provas, em momento em que não existia o exame de DNA. O que se percebeu, na realidade, foi uma solução do caso concreto a partir da utilização da técnica de ponderação, adotada expressamente pelo Novo CPC.

Nota-se que, na hipótese em questão, estão em conflito a proteção da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/1988) e a dignidade do suposto filho de saber quem é o seu pai (art. 1º, III, da CF/1988). Nessa colisão entre direitos fundamentais, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se favoravelmente ao segundo, de maneira correta.

Pontue-se que, da mesma forma e em 2011, decidiu o Supremo Tribunal Federal de maneira similar, conforme julgado publicado no seu *Informativo* n. 622. Merece destaque o seguinte trecho do voto do Ministro Dias Toffoli:

Reconheceu-se a repercussão geral da questão discutida, haja vista o conflito entre o princípio da segurança jurídica, consubstanciado na coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), de um lado; e a dignidade humana, concretizada no direito à assistência jurídica gratuita (CF, art. 5º, LXXIV) e no dever de paternidade responsável (CF, art. 226, § 7º), de outro. [...] A seguir, destacou a paternidade responsável como elemento a pautar a tomada de decisões em matérias envolvendo relações familiares. Nesse sentido, salientou o caráter personalíssimo, indisponível e imprescritível do reconhecimento do estado de filiação, considerada a preeminência do direito geral da personalidade. Aduziu existir um paralelo entre esse direito e o direito fundamental à informação genética, garantido por meio do exame de DNA. No ponto, asseverou haver precedentes da Corte no sentido de caber ao Estado providenciar aos necessitados acesso a esse meio de prova, em ações de investigação de paternidade. Reputou necessária a superação da coisa julgada em casos tais, cuja decisão terminativa se dera por insuficiência de provas [...]. Afirmou que o princípio da segurança jurídica não seria, portanto, absoluto, e que não poderia prevalecer em detrimento da dignidade da pessoa humana, sob o prisma do acesso à informação genética e da personalidade do indivíduo. Assinalou não se poder mais tolerar a prevalência, em relações de vínculo paterno-filial, do fictício critério da

verdade legal, calcado em presunção absoluta, tampouco a negativa de respostas acerca da origem biológica do ser humano, uma vez constatada a evolução nos meios de prova voltados para esse fim. (STF, RE 363.889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 07.04.2011).

Mais uma vez, a questão foi claramente resolvida pela técnica da ponderação.

Expostas essas duas concreções relativas ao âmbito do Direito de Família, também na seara do Direito das Sucessões a ponderação tem múltiplas incidências. Entre tantas, podemos aqui destacar algumas interpretações relativas ao direito real de habitação do cônjuge e do companheiro.

No que diz respeito ao cônjuge, tal direito está expressamente tratado pelo art. 1.831 do Código Civil, segundo o qual ao cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens do casamento, é reconhecido o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Consigne-se que, no sistema do Código Civil de 1916, tal direito somente era reconhecido ao cônjuge casado pelo regime da comunhão universal de bens (art. 1.611).

A respeito do companheiro, não há norma específica sobre o mesmo direito real. Todavia, prevalece o entendimento pela sua incidência, diante da não revogação do art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/1996, *in verbis*: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”. Como se pode perceber, existem diferenças textuais entre as duas categorias, uma vez que o direito real de habitação do cônjuge é restrito ao único imóvel de residência do casal; o que não está previsto na última norma, que apenas estabelece a condição de sua persistência no caso de o companheiro não se casar ou constituir nova união.

Pois bem, apesar de uma grande controvérsia inicial sobre a persistência ou não do direito real de habitação do companheiro, diante da ausência de previsão legislativa, a questão acabou por encontrar certo grau de pacificação. No âmbito da doutrina, resumindo a posição amplamente majoritária, merece destaque o Enunciado n. 117 do CJP/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, com o seguinte texto: “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/1996, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/1988”. A menção ao dispositivo constitucional já demonstra uma *ponderação doutrinária em favor da tutela da moradia*.

Na jurisprudência, por todos, merece destaque o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça, que não deixa qualquer dúvida:

[...] é entendimento pacífico no âmbito do STJ que a companheira supérstite tem direito real de habitação sobre o imóvel de propriedade do falecido onde residia o casal, mesmo na vigência do atual Código Civil. Precedentes. (REsp 1.203.144/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27.05.2014, *DJe* 15.08.2014).

Para afastar qualquer dúvida, talvez seja o momento de o Tribunal da Cidadania editar uma sumular com essa afirmação.

Deve ser esclarecido que esse direito real recai sobre a coisa, conforme o art. 1.225, inciso VI, da codificação material, dando ao habitante, seu beneficiado, o direito de residir no bem, sem a necessidade de pagamento de qualquer valor aos demais herdeiros, caso de eventuais aluguéis. A propriedade do bem é atribuída a quem de direito, caso do herdeiro legítimo ou testamentário, mantendo-se a restrição real, que não impede a venda do imóvel para terceiros. A propriedade do bem clausulado pode ser vendida, mas não o direito real de habitação, que é inalienável, como o é o usufruto, por combinação dos arts. 1.393 e 1.416 do Código Civil.

Trata-se do mais restrito dos direitos reais sobre coisa alheia, pois, em tese, autoriza o seu uso apenas com os fins de residência, não concedendo a utilização para outras finalidades, ou a retirada de frutos, caso da locação, como ocorre no usufruto. Em sua literalidade, enuncia o art. 1.414 do CC/2002 que, “quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família”. De toda sorte, entendemos que essa regra pode ser quebrada, diante da proteção constitucional da moradia, ponderando-se a favor desse direito.

De início, imagine-se que o cônjuge loque esse imóvel por questão de necessidade mínima, utilizando o aluguel da coisa para a locação de outro bem, destinado para a sua moradia. Nessas situações, entende o presente autor que o direito pode ser mantido, conforme decidiu, analisando socialmente a questão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Agravo interno. Agravo de instrumento. Decisão monocrática. Inventário. Bem locado. Direito real de aquisição do cônjuge sobrevivente. Ainda que o cônjuge não resida no imóvel, sendo este o único bem, possui direito real de habitação. Estando o imóvel locado, e

sendo o valor dos aluguéis utilizados na subsistência do cônjuge, o valor deve ser auferido integralmente pelo cônjuge. Deram parcial provimento. (TJRS, Agravo 70027892637, 8ª Câmara Cível, Caxias do Sul, Rel. Des. Rui Portanova, j. 12.03.2009, *DOERS* 20.03.2009, p. 40).

Em complemento e acompanhando em parte essa forma de julgar, cite-se ementa do Tribunal Paulista, que confirmou a existência do direito real de habitação mesmo estando parte do imóvel locado a terceiros. Nos termos da correta e justa decisão:

[...] *de cujus* que era casado com a apelante em regime de separação de bens. Direito do cônjuge supérstite a permanecer no imóvel de residência comum do casal. Locação da edícula localizada nos fundos da casa principal que não impede o direito real de habitação. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP, Apelação Cível 0331626-38.2007.8.26.0577, Acórdão 6388912, 8ª Câmara de Direito Privado, São José dos Campos, Rel. Des. Helio Faria, j. 05.12.2012, *DJESP* 14.01.2013).

Cabe pontuar que a proteção desse direito real de habitação *ex vi lege* é muito próxima da tutela do bem de família legal, constante da Lei n. 8.009/90. Essa importante lei especial considera como impenhorável, de forma automática, o imóvel destinado para a residência da entidade familiar, proteção ampliada pela jurisprudência também ao imóvel onde reside a pessoa solteira, como consta da Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça.

Igualmente, em um sentido de necessária ampliação para a tutela da moradia, entende há tempos o Superior Tribunal de Justiça que também é bem de família, e, portanto, impenhorável, o único imóvel locado a terceiro, cujo produto da locação é utilizado para alugar outro imóvel, esse sim destinado à moradia (entre os mais antigos precedentes: STJ, REsp 159.213/ES, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 20.04.1999, *DJ* 21.06.1999, p. 162). A questão se consolidou de tal forma que, em 2012, a Corte Superior editou a Súmula 486, *in verbis*: “Único imóvel residencial alugado a terceiros é impenhorável, desde que a renda obtida com o aluguel seja para subsistência do proprietário”. O presente autor denomina tal situação como do *bem de família indireto*. De forma similar, aqui, pode-se falar em *direito real de habitação indireto*, raciocínio que de forma equânime serve para a tutela do direito real de habitação do companheiro.

No que toca à constituição de uma nova família pelo habitante, vislumbra-se a hipótese em que o cônjuge sobrevivente não tem boas condições econômicas e financeiras, ao contrário dos outros herdeiros, descendentes, que são inclusive proprietários de outros imóveis.

Seria justo desalojar o cônjuge pelo simples fato de constituir nova família? Este autor entende que não, sendo necessário ponderar a favor da moradia e da família, a partir dos valores constantes dos arts. 6º e 1º, inciso III, do Texto Maior. Cite-se, ainda, o art. 226, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual a família é a base da sociedade.

Em suma, é o caso concreto que vai determinar se o direito real de habitação do cônjuge ou do companheiro persiste ou não. A propósito de outra situação fática, em que o cônjuge já é proprietário de outro imóvel, a solução deve ser a mesma. Assim, se o falecido, casado por separação obrigatória, deixou dois filhos que não possuem casa própria e a esposa, que já tem um imóvel anterior, o direito real de habitação pode não ser atribuído à última, para a efetiva tutela da moradia dos filhos.

Nota-se que, tratando-se de proteção da moradia, direito social e fundamental reconhecido pela Constituição Federal de 1988, não é possível trabalhar com ideias fechadas e imutáveis, sendo viável sempre buscar socorro na técnica da ponderação.

6 CONCLUSÃO

Diante deste artigo, chegou-se às seguintes conclusões:

a) A técnica de ponderação foi adotada expressamente de forma salutar pelo art. 489, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, sendo uma de suas elogiáveis inovações. Trata-se de mecanismo argumentativo há tempos utilizado pelos civilistas brasileiros, para a resolução de casos concretos, conforme o Enunciado n. 274, da *IV Jornada de Direito Civil*, de 2006.

b) O Novo CPC adotou apenas em parte as lições de Robert Alexy sobre a técnica da ponderação, desenvolvida para solucionar conflitos entre direitos fundamentais. A *ponderação à brasileira*, em tom mais amplo, diz respeito não só a esses direitos, mas também a normas e regras.

c) A ponderação tem-se mostrado como técnica eficiente no Brasil para resolver os dilemas e conflitos entre o direito à imagem e o direito à informação. Cite-se, a esse propósito, a sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento relativo às biografias não autorizadas. O seu uso deve ser apenas em casos excepcionais, quando a lei foi ausente ou insuficiente para a solução do caso concreto.

d) Este artigo demonstrou que não se sustentam as críticas feitas ao uso da ponderação, especialmente aquelas desenvolvidas pelo

jurista Lênio Streck, que alega a sua inconstitucionalidade. Muito ao contrário, trata-se de um artifício constitucional, que deve ser incrementado nos próximos anos, para apresentar caminho de resolução às hipóteses fáticas complicadas ou de difícil solução.

e) No âmbito do Direito de Família, a técnica da ponderação é meio eficiente para resolver os dilemas e as contendas. Este estudo demonstra, nesse contexto, a inviabilidade da obrigatoriedade do exame de DNA, acarretando a sua negativa à presunção relativa da paternidade. Expõe também que a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade tem sido a solução adequada para resolver contendas pelos Tribunais Superiores, a partir da ponderação.

f) Na seara do Direito das Sucessões, a ponderação a favor da moradia, prevista no art. 6º da Constituição da República, deve entrar em cena para a proteção do direito real de habitação do cônjuge e do companheiro.

g) Sintetizando as linhas mestras deste estudo, pontue-se a aprovação, no *X Congresso de Direito de Família*, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) em 2015, de enunciado programático, no sentido de ser a técnica da ponderação meio eficiente para resolver os problemas relativos ao Direito de Família e das Sucessões.

7 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. Direito à intimidade genética em face do art. 232 do Código Civil e sua defesa pela criação de um *habeas genoma*. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Prova, exame médico e presunção: o art. 232 do Código Civil*. Salvador: Juspodivm, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5.

DUARTE DE OLIVEIRA JR., Zulmar. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – Parte geral*. São Paulo: GEN/Método, 2015.

FUX, Luiz; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Novo CPC comparado*. São Paulo: GEN/Método, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

LOPES, Lucas Miotto. EU não quero saber! Uma defesa do direito de não saber como independente do direito à privacidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito, n. 45, Rio de Janeiro: PUCRJ, p. 82-97, julho a dezembro de 2014.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NERY JR., Néelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! Coluna Senso Incomum. *Consultor Jurídico*. Publicada em 8 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o direito civil*. São Paulo: GEN/Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.

