

ANA CARLA HARMATIUK MATOS
ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA
GUSTAVO TEPEDINO

COORDENADORES

DIREITO CIVIL, CONSTITUIÇÃO E UNIDADE DO SISTEMA

Anais do Congresso de Direito Civil Constitucional
V Congresso do IBDCivil



A relação entre *Direito Civil, Constituição e unidade do sistema* foi o fio condutor do V Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), com profícuos debates voltados à construção do Direito contemporâneo à luz da legalidade constitucional. Nesta obra, o leitor entrará em contato com a produção científica desenvolvida entre os dez painéis do evento, ocorrido entre os dias 21, 22 e 23 de setembro de 2017 na sede paranaense da Ordem dos Advogados do Brasil, em Curitiba. O livro congrega renomados professores e pesquisadores de universidades de todas as regiões brasileiras, em torno de desafiadoras questões propostas pela organização científica. Além disso, a presente obra apresenta os trabalhos vencedores da segunda edição do Prêmio Clóvis Beviláqua, nas categorias Profissional e Acadêmica, de modo a reiterar o compromisso prospectivo do IBDCivil para o contínuo e intergeracional desenvolvimento do Direito Civil Constitucional.

Coordenadores

Ana Carla Harmatiuk Matos
Ana Carolina Brochado Teixeira
Gustavo Tepedino

DIREITO CIVIL, CONSTITUIÇÃO E UNIDADE DO SISTEMA

Anais do Congresso
de Direito Civil
Constitucional –
V Congresso do IBDCivil

Área específica
DIREITO CIVIL.

Público-alvo/consumidores
ALUNOS DE GRADUAÇÃO, PÓS GRADUAÇÃO,
ADVOGADOS, JUÍZES E PROMOTORES.

FORMATO: 17 × 24 cm
CÓDIGO: 10001483

Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

D597

Direito Civil, Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil/ Ana Carla Harmatiuk Matos, Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Tepedino (Coord.). – Belo Horizonte : Fórum, 2019.

492p.; 17cm x 24cm.

ISBN: 978-85-450-0568-1

1. Direito Civil. 2. Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional. 3. Congresso do IBDCivil. I. Matos, Ana Carla Harmatiuk. II. Teixeira, Ana Carolina Brochado. III. Tepedino, Gustavo. III. Título.

CDD 342.1

CDU 347

Elaborado por Daniela Lopes Duarte – CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito Civil, Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 492p. ISBN 978-85-450-0568-1.

Ana Carla Harmatiuk Matos é Mestre e Doutora em Direito pela UFPR e Mestre em *Derecho Humano* pela Universidad Internacional de Andalucía. Tutora Diritto na Universidade di Pisa – Itália. Professora na graduação, mestrado e doutorado em Direito da UFPR. Vice-Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Professora de Direito Civil e de Direitos Humanos. Advogada. Diretora da Região Sul do IBDFAM. Vice-Presidente do IBDCivil.

Ana Carolina Brochado Teixeira é Doutora em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Civil pela Escuela di Diritto Civile – Camerino, Itália. Professora do Centro Universitário UNA. Coordenadora editorial da RBDCivil. Advogada.

Gustavo Tepedino é Professor Titular de Direito Civil e ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

APRESENTAÇÃO AOS ANAIS DO V CONGRESSO DO IBDCIVIL: A renovação humanista do Direito Civil	15
ACESSO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, BENS COMUNS E UNIDADE SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO	
Gustavo Tepedino	17
1 Rumo à efetividade dos direitos fundamentais: a universalização do acesso	17
2 O oposto da propriedade: a “revolução dos bens comuns” e a nova racionalidade nas dimensões social, jurídica, econômica, cultural e política.....	19
3 O acesso aos bens independentemente (ou contra) do sistema de titularidades.....	20
4 Da comprovação da viabilidade da gestão comum dos bens ao paradigma do acesso pautado na prevalência das situações existenciais	21
5 A água	22
6 A saúde	24
7 Conflitos urbanos, a cidade democrática e o patrimônio cultural	25
8 O desenvolvimento e regime jurídico dos bens comuns.....	27
9 Controle das desafetações de bens públicos de uso comum e dos atos que ameaçam a tutela dos bens comuns. O meio ambiente e os ecossistemas.....	28
10 Mecanismos de transferência da titularidade com garantia de preservação da destinação.....	29
11 Instrumentos de atuação no Judiciário: novas funções para as ações coletivas.....	30
12 Notas conclusivas: perspectivas emancipatórias da pessoa humana na trama interdisciplinar entre direitos fundamentais, acesso e bens comuns	31
QUESTÕES ATUAIS SOBRE O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL	
Thamis Dalsenter Viveiros de Castro	33
1 Introdução	33
2 O corpo transformado	34
3 Corpo e liberdade de expressão.....	37
4 Expansão da tutela jurídica do corpo.....	40
5 Conclusão	45
O ALCANCE DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	
Carlos Nelson Konder	47
1 Introdução	47
2 Origens do direito à identidade pessoal	47
3 Transformações do direito à identidade pessoal.....	51
4 Até onde vai o direito à identidade pessoal?.....	57
5 Conclusão	59
Referências.....	59
DOAÇÃO DE SANGUE, ORIENTAÇÃO SEXUAL E DISCRIMINAÇÃO: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.543/DF	
Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, Vítor Almeida	63
1 Notas introdutórias: doação de sangue, orientação sexual e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543.....	63
1.1 O sistema de doação de sangue no Brasil.....	66
1.2 As restrições à doação de sangue para os homossexuais.....	68
2 A violação de princípios éticos e constitucionais no processo de doação de sangue no Brasil	70
Considerações finais	73
Referências.....	74

OS FATOS JURÍDICOS E A QUERELA SOBRE AS FONTES DAS OBRIGAÇÕES	
Paulo Lôbo	77
1 Fatos jurídicos obrigacionais	77
2 A classificação romana das fontes das obrigações	80
3 A perspectiva do Código Civil brasileiro	81
4 A razão dos fatos jurídicos como fontes das obrigações	83
BREVES NOTAS SOBRE A BOA-FÉ OBJETIVA NO CPC/2015	
Luciana Pedrosa Xavier, Adroaldo Agner Rosa Neto	85
1 Introdução	85
2 Uma aproximação entre a boa-fé objetiva e o Código de Processo Civil	85
3 A boa-fé processual objetiva no Superior Tribunal de Justiça	90
4 Panorama da boa-fé objetiva no Direito Material: possíveis contribuições para o processo	93
5 Conclusões	95
Referências	95
A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO É FIGURA EFETIVAMENTE ÚTIL NO DIREITO BRASILEIRO?	
Aline Miranda Valverde Terra	97
1 A violação positiva do contrato na Alemanha	97
2 Os supostos suportes fáticos da violação positiva do contrato no Brasil	99
2.1 Descumprimento de deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva não diretamente vinculados à prestação	100
2.2 Cumprimento imperfeito: mau cumprimento de deveres de prestação geradores de danos distintos daqueles causados pela mora e pelo inadimplemento absoluto	103
2.3 Inadimplemento anterior ao termo	104
3 Cotejo dos efeitos atribuídos à violação positiva do contrato com aqueles decorrentes da mora e do inadimplemento absoluto	108
4 Conclusão	111
BREVES NOTAS SOBRE A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL	
Marcos Ehrhardt Jr., Gustavo Henrique G. Nobre	113
1 Introdução	113
2 Existem balizas para a aplicação do instituto?	114
3 Baliza quantitativa indiciária	115
4 Baliza qualitativa principiológica: a boa-fé objetiva	117
5 Balizas qualitativas liquidantes	118
5.1 Interesse creditório	118
5.2 Causa	119
6 Considerações finais	122
Referências	123
A APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE VARSÓVIA E MONTREAL EM DETRIMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA CRÍTICA À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO	
Flávio Tartuce, Bruno Casagrande e Silva	125
1 Introdução	125
2 O direito do consumidor como expressão de direitos humanos	126
3 O princípio da vedação do retrocesso e o tratamento constitucional brasileiro	130
4 O princípio da vedação do retrocesso e a Convenção Americana de Direitos Humanos	134
5 A proibição do retrocesso e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil	136
6 Conclusão sobre a recente posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal	140
Referências	142

HÁ LIMITES AO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL NO DIREITO BRASILEIRO?

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho	145
1 A reparação integral no Brasil: avanços tridimensionais, fundamento constitucional e natureza principiológica.....	145
2 Projeções do princípio da reparação integral: todo dano deve ser reparado ou todo o dano deve ser reparado?	149
2.1 Limites legais e convencionais ao princípio da reparação integral no <i>an debeat</i> ur	149
2.2 Limites legais e convencionais ao princípio da reparação integral no <i>quantum debeat</i> ur	153
2.3 A reparação integral como limite.....	156
3 Entre os limites à reparação integral e a reparação integral como limite: o caso do mestrado não credenciado	159
4 Notas finais	163
Referências.....	164

NOTAS SOBRE A AUTONOMIA FUNCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Eduardo Nunes de Souza, Rodrigo da Guia Silva	167
1 Introdução: o oxímoro da responsabilidade civil brasileira	167
2 O perfil funcional indenizatório da responsabilidade civil em confronto com a função restitutória da vedação ao enriquecimento sem causa	176
3 Crítica à atribuição genérica de uma função punitiva à responsabilidade civil	179
4 Dificuldades de qualificação decorrentes da confusão funcional: o exemplo das hipóteses de “devolução em dobro”	182
Referências.....	187

HÁ PRESUNÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE NAS HIPÓTESES DE CAUSALIDADE ALTERNATIVA?

Caitlin Mulholland	191
1 Coautoria e distribuição de responsabilidade: causalidade complementar (concausa) e causalidade cumulativa (causas concorrentes)	191
2 Causalidade alternativa: conceito e aplicações	193
3 Fundamentos da causalidade alternativa	201
4 Requisitos para a responsabilização do grupo pela conduta danosa de seu membro.....	202
5 Alguns casos brasileiros	204
6 Conclusão	207
Referências.....	208

COMO A INCORPORAÇÃO DO *TRUST* NO DIREITO BRASILEIRO PODE SERVIR À PROTEÇÃO DE PESSOAS VULNERÁVEIS?

Milena Donato Oliva	209
1 Introdução	209
2 O <i>trust</i> como importante instrumento protetivo ao lado da tutela.....	211
3 O <i>trust</i> e as diretivas antecipadas	215
4 O <i>trust</i> e as cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade.....	217
Conclusão	221

DISPOSIÇÕES PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS NO PACTO ANTENUPCIAL

Ana Carla Harmatiuk Matos, Ana Carolina Brochado Teixeira	223
1 Introdução	223
2 Da família instituição à democrática: o casamento como instrumento de realização existencial	223
3 Estrutura e função do pacto antenupcial	227
4 Questões controvertidas sobre efeitos do pacto	230
4.1 Eficácia do pacto antenupcial ajustado e não seguido da celebração do matrimônio, mas estabelecida união estável.....	230
4.2 Decisões conferindo eficácia à vontade manifestada pelas partes somente na certidão sem pacto antenupcial registrado.....	232
4.3 Cláusulas que preveem modificações no regime após certo lapso temporal.....	233

5	Questões controvertidas sobre aspectos patrimoniais no pacto.....	234
5.1	Eleição da separação total de bens em casamentos de pessoas maiores de setenta anos	234
5.2	Pacto com cláusula contrária à lei.....	236
5.3	Retroatividade das disposições patrimoniais restritivas.....	238
5.4	Cláusulas sucessórias no pacto antenupcial.....	239
6	Inclusão de disposições não patrimoniais no pacto antenupcial: possibilidade e limites.....	240
7	Conclusão.....	244

QUAIS DEVEM SER OS PARÂMETROS PARA O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA MULTIPARENTALIDADE?

Ana Carolina Brochado Teixeira, Renata de Lima Rodrigues	247	
1	Introdução	247
2	O rompimento do paradigma da biparentalidade	247
3	Fontes de parentesco.....	249
4	Multiparentalidade como nova possibilidade jurídica parental e seus efeitos.....	252
5	O RE 898.060/SC: efeitos da multiparentalidade e situações jurídicas por ele alcançadas.....	254
6	Sistematizações conclusivas.....	262
	Referências.....	263

MULTIPARENTALIDADE ACOLHIDA PELO STF: ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NO RE 898060/SC

Ricardo Calderón	265	
1	O caso concreto subjacente	267
2	A decisão do STF para o referido caso concreto	269
3	A tese aprovada em Repercussão Geral.....	270
4	Principais premissas constantes do acórdão do STF.....	270
4.1	Direito à busca da felicidade	270
4.2	O reconhecimento jurídico da afetividade	272
4.3	Vínculo socioafetivo e biológico em igual grau de hierarquia jurídica.....	273
4.4	Possibilidade jurídica da multiparentalidade	274
4.5	Princípio da parentalidade responsável	275
5	Efeitos a partir da tese fixada	277
6	Avanço e cautela.....	278

QUAIS OS DESAFIOS QUE SE IMPÕEM AO DIREITO DE FAMÍLIA FRENTE ÀS SITUAÇÕES DE COPARENTALIDADE?

Simone Tassinari	281	
1	Introdução e apresentação das noções fundamentais	281
2	Da vinculação jurídica tradicional entre conjugalidade e parentalidade	285
3	Reflexões sobre coparentalidade e seus efeitos	289
4	Conclusões e desafios para o futuro.....	293
	Referências.....	294

NOTAS SOBRE O REGIME DAS INVALIDADES E A (IN)CAPACIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

Helois Helena Barboza, Vitor de Azevedo Almeida Junior	297	
1	Introdução	297
2	(In)Validade dos atos e negócios jurídicos	298
3	Proteção dos atos praticados por pessoa com deficiência intelectual	300
4	Nulidade e (in)capacidade: o entendimento dos tribunais.....	303
5	Considerações finais	309
	Referências.....	309

A CURATELA COMO A TERCEIRA MARGEM DO RIO

Nelson Rosendal	311
1 Introdução	311
2 A primeira margem do rio	312
3 A segunda margem do rio	313
4 A terceira margem do rio	316
4.1 A deficiência como fato jurídico	316
4.2 O balanceamento entre o cuidado e a autonomia	318
5 Conclusão	323
Referências	324

TOMADA DE DECISÃO APOIADA: O INSTRUMENTO JURÍDICO DE APOIO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA INAUGURADO PELA LEI Nº 12.146/2015

Joyceane Bezerra de Menezes	327
1 Introdução	327
2 Em que consiste a tomada de decisão apoiada?	328
3 Autocuratela, mandado e diretiva antecipada de vontade: figuras próximas ou longínquas?	330
4 A exigência da homologação judicial do apoio em procedimento de jurisdição voluntária	333
4.1 Aspectos processuais essenciais	335
4.1.1 Da legitimidade ativa	335
4.1.2 Dos apoiadores	336
4.1.3 Do objeto do apoio	337
4.1.4 Efeitos perante terceiros	338
4.1.5 Do encerramento	339
4.1.6 Da coexistência com a curatela	339
5 Seria viável a TDA por escritura pública?	339
Conclusões	342
Referências	342

DEBATES ACERCA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA DESDE A PERSPECTIVA CIVILISTA

Marília Pedroso Xavier, Ligia Zigiotti de Oliveira	345
1 Considerações introdutórias	345
2 Os paradoxos entre a proteção e a autonomia dos grupos vulnerados	346
3 Entre a reabilitação e a inclusão das pessoas com deficiência	347
4 As dissonâncias contextuais entre Direito Civil e pessoas com deficiência	348
5 As dissonâncias entre as fontes jurídicas aplicáveis à temática	350
6 As inquietações teóricas e práticas do Direito Civil geradas a partir da problemática	350
Considerações finais	353
Referências	356

A ARBITRAGEM NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: CLÁUSULA ARBITRAL EM PACTOS ANTENUPCIAIS E CONTRATOS DE CONVIVÊNCIA

Paulo Nalin, Hugo Sirena	359
1 Introdução	359
2 A arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos	360
3 O Direito das Famílias e o compromisso arbitral	364
4 Notas conclusivas	367
Referências	368

EM QUE MEDIDA O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 TROUXE MAIOR EFETIVIDADE PARA O DIREITO SUCESSÓRIO?

Ana Luiza Maia Nevares	371
1 De que efetividade precisamos para o Direito Sucessório?	371
2 Inovações do Código de Processo Civil no processo de inventário na direção da efetividade do Direito Sucessório	373

2.1	Igualdade entre as entidades familiares. Equiparação do cônjuge e do companheiro no processo de inventário.....	373
2.2	A simplificação do inventário	373
2.3	Critérios para a partilha dos bens e a tutela de evidência no âmbito do inventário.	376
2.4	A cumulação de inventários	385
3	Notas conclusivas.....	388
	Referências.....	388

CONCURSO DE TRABALHOS ACADÊMICOS – II PRÊMIO CLOVIS BEVILÁQUA

AS CLÁUSULAS PENAIS: UMA VISÃO DA AUTONOMIA PRIVADA E DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Samuel Ewald Davidson Zatta	391	
1	Introdução	391
2	Sobre a autonomia privada.....	391
3	Da cláusula penal	397
4	Da análise econômica do Direito	399
5	Da compatibilidade entre a cláusula penal e o inadimplemento eficiente/ <i>efficient breach theory</i>	402
	Considerações finais	407
	Referências.....	408

A QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO DE DOAÇÃO COM ENCARGO: PROPOSTA DE DELIMITAÇÃO DE FRONTEIRAS ENTRE MODO E CONTRAPRESTAÇÃO À LUZ DA METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Diana Paiva de Castro, Rodrigo Freitas	411	
1	Introdução	411
2	A causa concreta como elemento nuclear do procedimento de qualificação.....	412
3	A causa do contrato de doação. <i>Animus donandi</i> , requisito formal, bilateralidade e unilateralidade: a doação como ausência de sinalgmaticidade	416
4	O papel do encargo na doação modal à luz da diferenciação entre as situações jurídicas subjetivas de ônus e obrigação.....	421
5	Delimitação de fronteiras entre modo e contraprestação: os três graus de essencialidade concreta do encargo e seus efeitos na qualificação contratual.....	424
6	Síntese conclusiva.....	428
	Referências.....	428

LINEAMENTOS DA DISCIPLINA DOS CONTRATOS DE COMERCIALIZAÇÃO LIVRE DE ENERGIA ELÉTRICA

Maria Eugênia do Amaral Kroetz	433	
1	Premissas	433
2	Introdução	434
3	O pressuposto teórico da pesquisa.....	435
4	O setor de energia elétrica brasileiro.....	436
5	O segmento de comercialização de energia elétrica.....	437
6	O contrato bilateral de compra e venda de energia	440
7	A questão do lastro	441
8	Considerações finais	444
	Referências.....	444

ESBOÇO DE UMA TEORIA GERAL DO DIREITO DE RETENÇÃO À LUZ DA UNIDADE SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Rodrigo da Guia Silva	447	
1	Introdução: o esforço de sistematização do direito de retenção na perspectiva de unificação da disciplina das relações patrimoniais	447
2	As sequelas do tratamento assistemático do direito de retenção na experiência brasileira	449
3	Notas sobre a disciplina geral do direito de retenção.....	452
4	Análise crítica da suposta taxatividade do direito de retenção em breve cotejo com a exceção de contrato não cumprido.....	459

5	Síntese conclusiva.....	463
	Referências.....	464
DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE CONFORME SUA IDENTIDADE DE GÊNERO		
	Jéssica Linhares Martino Martins, Vagner da Silva Batista	467
1	Introdução	467
2	Direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente conforme sua identidade de gênero	468
2.1	Direito de participação	471
2.1.1	Impossibilidade de heteronomia no exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente conforme sua identidade de gênero	472
3	Diferenciando conceitos: identidade de gênero x orientação sexual.....	473
4	Desfantasiando direito: o livre desenvolvimento da criança e do adolescente transgêneros enquanto materialidade.....	474
4.1	Reafirmando pressuposto: “A pessoa transgênera não nasce com 18 anos”	474
4.2	“Para mim não é um problema ir vestida de mulher ao colégio”	476
4.2.1	Problema jurídico	477
4.2.2	Reconhecimento institucional da identidade de gênero no âmbito escolar	478
4.3	Nome social.....	480
4.4	Uso de hormônios	482
5	Considerações finais	484
	Referências.....	485
SOBRE OS AUTORES.....		
		489