

JUDITH MARTINS-COSTA

MODELOS DE DIREITO PRIVADO

COAUTORES

ANDRÉ RODRIGUES CORRÊA
DENISE DE OLIVEIRA CEZAR
EDUARDO SILVA DA SILVA
GERSON LUIZ CARLOS BRANCO
GUSTAVO HAICAL
LAURA BECK VARELA
LAURA CORADINI FRANTZ
KARIME COSTALUNGA
LUIS FELIPE SPINELLI
MÁRCIA SANTANA FERNANDES
MARIA CLÁUDIA MÉRCIO CACHAPUZ
MARIANA PARGENDLER
PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO
PRISCILA DAVID SANSONE TUTIKIAN
RAFAEL PETEFFI DA SILVA

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO – Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários	
JUDITH MARTINS-COSTA	9
PARTE I	
MODELOS PARA A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA E AOS BENS DE SUA PERSONALIDADE	
Prefácio a CACHAPUZ, Maria Cláudia. <i>Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico</i>	
JUDITH MARTINS-COSTA	41
A construção de um conceito de privacidade, as cláusulas gerais e a concreção de direitos fundamentais	
MARIA CLAUDIA MÉRCIO CACHAPUZ	48
■	
Prefácio a CEZAR, Denise de Oliveira. <i>Pesquisa com medicamentos. Aspectos bioéticos</i>	
JUDITH MARTINS-COSTA	76
Pesquisas patrocinadas com medicamentos e proteção da confiança	
DENISE DE OLIVEIRA CEZAR.....	84
■	
Prefácio a FERNANDES, Marcia Santana. <i>A bioética, a medicina e o direito de propriedade intelectual: um estudo das patentes e as células-tronco humanas</i>	
JUDITH MARTINS-COSTA	113
As patentes envolvendo partes do corpo humano e a atividade de biobancos	
MÁRCIA SANTANA FERNANDES.....	117

PARTE II

MODELOS DE DIREITO OBRIGACIONAL

Prefácio a TUTIKIAN, Priscila Sansone. <i>O silêncio na formação dos contratos: proposta, aceitação e elementos da declaração negocial</i>	
JUDITH MARTINS-COSTA.....	141
Silêncio como declaração negocial na formação dos contratos (sob a perspectiva dos Modelos Hermenêuticos de Miguel Reale)	
PRISCILA DAVID SANSONE TUTIKIAN	145
■	
Prefácio a SILVA, Eduardo Silva da. <i>Arbitragem e direito da empresa</i>	
JUDITH MARTINS-COSTA.....	177
Arbitragem, confiança e boa-fé: a autoridade do pacto ético entre os sujeitos da arbitragem	
EDUARDO SILVA DA SILVA.....	184
■	
Prefácio a FRANTZ, Laura Coradini. <i>Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática</i>	
JUDITH MARTINS-COSTA.....	211
Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ	
LAURA CORADINI FRANTZ.....	215
■	
Prefácio a: BRANCO, Gerson. <i>Função social dos contratos. Interpretação à luz do Código Civil</i>	
JUDITH MARTINS-COSTA.....	249
Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da Teoria Geral dos Contratos	
GERSON LUIZ CARLOS BRANCO.....	257
■	
Apresentação a HAICAL, Gustavo. <i>O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos</i>	
JUDITH MARTINS-COSTA.....	291
Apontamentos sobre o direito formativo extintivo de denúncia no contrato de agência	
GUSTAVO HAICAL	294
■	

Prefácio a CORRÊA, André Rodrigues. <i>Solidariedade e responsabilidade. O tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil</i>	
JUDITH MARTINS-COSTA	332
Ato violento de terceiro como excludente de responsabilidade do transportador: qual a causa desse entendimento jurisprudencial defeituoso?	
ANDRÉ RODRIGUES CORRÊA	341
■	
Prefácio a SILVA, Rafael Peteffi da. <i>Responsabilidade civil pela perda de uma chance</i>	
JUDITH MARTINS-COSTA	385
A responsabilidade pela perda de uma chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais	
RAFAEL PETEFFI DA SILVA	391
■	
Prefácio a SANSEVERINO, Paulo de Tarso. <i>Princípio da reparação integral. Indenização no Código Civil</i>	
JUDITH MARTINS-COSTA	415
O princípio da reparação integral e o arbitramento equitativo da indenização por dano moral no Código Civil	
PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO	423
PARTE III	
SITUAÇÕES DE DIREITO REAL: HISTÓRIA E MODELOS	
Apresentação a VARELA, Laura Beck. <i>Das sesmarias à propriedade moderna</i>	
JUDITH MARTINS-COSTA	453
Leituras das <i>sesmarias</i> : entre a história e os modelos de direito privado	
LAURA BECK VARELA	457
PARTE IV	
SOCIEDADE ANÔNIMA: SINCRETISMO E COMPLEXIDADE DOS MODELOS	
Prefácio a SPINELLI, Luis Felipe. <i>Conflito de interesses na administração da sociedade anônima</i>	
JUDITH MARTINS-COSTA	485

Conflito de interesses na administração da sociedade anônima: respeito à regra procedimental e inversão do ônus da prova	
LUIS FELIPE SPINELLI.....	490
■	
Apresentação a PARGENDLER, Mariana. <i>Evolução do direito societário: lições do Brasil</i>	
JUDITH MARTINS-COSTA.....	533
Sincretismo jurídico na evolução do direito societário brasileiro	
MARIANA PARGENDLER.....	539

PARTE V

FAMÍLIA E SUCESSÕES: UM MODELO INTER-SISTEMÁTICO

Prefácio a COSTALUNGA, Karime. <i>Direito de herança e separação de bens: uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil</i>	
JUDITH MARTINS-COSTA.....	565
O cônjuge sobrevivente e seu direito à herança: uma interpretação da disciplina orientada pela Constituição e pelo Código Civil	
KARIME COSTALUNGA	572
AUTORES.....	597

APRESENTAÇÃO

AUTORIDADE E UTILIDADE DA DOCTRINA: A CONSTRUÇÃO DOS MODELOS DOCTRINÁRIOS

JUDITH MARTINS-COSTA*

*Toute l'histoire de la doctrine juridique est ainsi
intimement liée à l'autorité que celle-ci est susceptible
d'acquérir et d'exercer.*

(HAKIN, Nader. *L'autorité de la doctrine civiliste
française au XIX^{eme} siècle*).

* Agradeço a revisão, contribuições e a todas as discussões comigo mesma que, na elaboração deste texto, me proporcionaram Miguel Reale Júnior; Mariana Pargendler; Carla Muller Rosa; André Rodrigues Correa; Marcia S. Fernandes e Rafael Branco Xavier. A este último, especialmente, sou grata pelo entusiasmo, dedicação e competência com que se jogou ao projeto deste livro, realizando a revisão de todos os originais e auxiliando-me enormemente na sua organização. Sou grata, também, a Luciano Piva, que auxiliou na revisão de alguns dos originais.

SUMÁRIO: Introdução – I. A autoridade da doutrina. 1. A autoridade epistemológica da doutrina. 2. A perda da autoridade da doutrina – II. A utilidade da doutrina. 1. Aspectos metodológicos dos modelos dogmáticos. 2. Tradição e antecipação.

INTRODUÇÃO

«No campo da experiência jurídica», escreveu Miguel Reale, «as estruturas sociais apresentam-se sob a forma de estruturas normativas ou sistemas de modelos, sendo cada modelo dotado de uma especial estrutura de natureza tridimensional».¹ Modelos são estruturas normativas dinâmicas, que integram fatos e valores em normas jurídicas. Correspondem às fontes, mas dela se desprendem por se apresentarem no devir da mutável experiência jurídico-social: há modelos legislativos, jurisprudenciais, costumeiros e negociais, os quatro consubstanciando a categoria dos *modelos jurídicos*.² E há, por igual, *modelos dogmáticos* – também ditos hermenêuticos, ou doutrinários – «estruturas teóricas referidas aos modelos jurídicos, cujo valor eles procuram captar e atualizar em sua plenitude».³

A elaboração e o desenvolvimento dos modelos dogmáticos é a tarefa primeira da doutrina jurídica. É «objeto primordial» da dogmática jurídica, escreveu Reale, «a análise das significações» dos modelos jurídicos, «de sua linguagem específica, bem como do papel e das funções que os mesmos desempenham como elementos componentes das estruturas normativas fundamentais, integradas, por sua vez, no macromodelo do ordenamento jurídico».⁴ Estudos recentes⁵ têm apontado à irrealização desse «objeto primordial» e, de

¹ REALE, Miguel. Vida e morte dos modelos jurídicos. Em: *Estudos e filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 16.

² REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63-122.

³ REALE, Miguel. Vida e morte dos modelos jurídicos. *Estudos e filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 18.

⁴ *Idem, ibidem*, p. 16.

⁵ GARRIDO, Tomás Rubio. *La doctrina de los auctores*. De fuente jurídica primaria a la vulgarización e irrelevancia. Granada: Comares, 2006; GOBERT, Michelle. Le Temps de penser la doctrine. *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, vol. 20, Paris: PUF, 1994; JESTAZ, Philippe e JAMIN, Christophe. *La doctrine*. Paris: Dalloz, 2004. No Brasil: ÁVILA, Humberto Bergmann. Notas sobre o papel da doutrina na interpretação. *Conversa sobre a interpretação no direito*. Estudos em homenagem ao centenário de Miguel Reale. Cadernos para Debates n. 4. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, set./2011, p. 139-160; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e Crítica da Jurisprudência, ou da vocação da doutrina em nosso tempo. *Revista dos Tribunais*, vol. 891/65, jan./2010. Ora em: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCCO, Rui (Orgs.). *Doutrinas essenciais. Direito civil – Parte geral*. Vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 829-872; PARGENDLER Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 262, jan.-abr./2013, p. 95-144.

certo modo, ao descenso da atividade doutrinária como um todo, modificando-se, em consequência, a relação entre o jurista e o direito positivo. Hoje «já não podemos silenciar com êxito» sobre o fato de a doutrina civilista «padecer de sérios problemas»,⁶ observa o civilista espanhol Tomás Rubio Garrido. Fundamentalmente, diz entre nós Humberto Ávila, a doutrina «cessou de ser seguida porque parou, em parte, de ser necessária à aplicação do Direito e de orientar tanto os operadores quanto os destinatários».⁷ Tal se deve, no diagnóstico de Otávio Luiz Rodrigues Jr., por ter deixado «de ser uma arte de juristas», o que explica em grande parte «seu desprestígio».⁸

Essas considerações suscitam refletir sobre o que «é» a doutrina (com ênfase na doutrina civilista, tradicional fornecedora de modelos hermenêuticos), para o que se torna necessário mencionar «o que foi» (Parte I), antes de averiguar como realiza – se é que o vem realizando – aquele «objeto primordial» de formular modelos doutrinários destinados a explicitar, examinar e desenvolver os modelos jurídicos (Parte II), afinal, a tarefa proposta nessa obra coletiva.

I. A AUTORIDADE DA DOUTRINA

Num ensaio notável, a professora Michelle Gobert, da Universidade de Paris, observou: se é incontestável que todo o jurista que emite uma opinião pode ser tido como doutrina, é também verdade que o termo designa, mais propriamente, «um círculo mais restrito de pessoas, especificamente aquelas que, tendo por missão ensinar o Direito, têm por vocação refletir sobre o Direito».⁹ O termo *doutrina*, nesta acepção, é indiscernível do significado de uma obra do pensamento, trabalho de reflexão dotado – pelo menos – de autoridade persuasiva e orientadora.

⁶ GARRIDO, Tomás Rubio. *La doctrina de los auctores*. De fuente jurídica primaria a la vulgarización e irrelevancia. Granada: Comares, 2006, p. 65.

⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. Notas sobre o papel da doutrina na interpretação. *Conversa sobre a interpretação no direito*. Estudos em homenagem ao centenário de Miguel Reale. *Cadernos para Debates* n. 4. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, set./2011, p. 146

⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência, ou da vocação da doutrina em nosso tempo. *Revista dos Tribunais*, vol. 891/65, jan./2010. Ora em: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCIO, Rui (Orgs.). *Doutrinas essenciais. Direito civil – Parte geral*. Vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 851.

⁹ GOBERT, Michelle. Le Temps de penser la doctrine. *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, vol. 20, Paris: PUF, 1994, p. 97, no original: «S'il est incontestable que tout juriste qui émet une opinion doit être considéré comme doctrine, on ne nous chicanera cependant pas que ce que l'on a l'habitude d'appeler la doctrine désigne un cercle plus restreint de personnes, plus spécifiquement l'ensemble de celles qui, ayant pour mission d'enseigner le droit, ont pour vocation de réfléchir sur le droit».