Revista IBERC
v. 3, n. 1, p. 1-19, jan.-abr./2020
www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc

DÚVIDA JURÍDICA RAZOÁVEL COMO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL, DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E DE OUTROS REMÉDIOS CONTRA ILÍCITOS CIVIS: COMENTÁRIOS A UM JULGADO DO STJ

REASONABLE LEGAL DOUBT AS EXCLUDING CIVIL RESPONSIBILITY, ENRICHMENT WITHOUT CAUSE AND OTHER REMEDIES AGAINST CIVIL ILLICIT: COMMENTS FROM A STJ COURT

Carlos E. Elias de Oliveira [i]

RESUMO: O texto comenta este julgado do STJ: REsp 1617636/DF. Defende que a dúvida jurídica razoável é capaz de afastar ou, ao menos, atenuar a responsabilidade civil, os pleitos de enriquecimento sem causa e outros remédios contra ilicitudes. Indica outros vários julgados nesse sentido.

ABSTRACT: The article assesses case REsp 1617636. It holds that reasonable legal doubt is capable repelling or, at least, mitigating torts and civil liability, claims of unjust enrichment and other legal remedies. The article also brings precedents in the same holding.

Palavras-chave: Dados pessoais. Privacidade. Responsabilidade civil.

Keywords: Personal data. Privacy. Civil liability.

SUMÁRIO: 1. Objeto do texto e resumo do julgado escolhido do STJ. 2. A dúvida jurídica razoável como excludente de ilicitude, de responsabilidade civil, de enriquecimento sem causa e de outros remédios contra ilícitos civis. 2.1. Tipos de ilícitos civis e remédios. 2.2. Natureza indeterminada do direito: a relevância da dúvida jurídica razoável como elemento de segurança jurídica. 2.3. Dúvida jurídica razoável nos outros ramos do direito. 2.4. Dúvida jurídica razoável e a cindibilidade de efeitos jurídicos desproporcionais no direito civil. 2.5. Caso escolhido do STJ. 2.6. Outros julgados do STJ. 2.6.1. Casos de plano de saúde. 2.6.2. Caso da classificação indicativa de filmes. 2.6.3. Casos em que a dúvida jurídica razoável poderia ter sido utilizada. 3. Conclusão. Referências.

1. Objeto do texto e resumo do julgado escolhido do STJ

Este texto objetiva comentar o cabimento ou não de restituição de valores obtidos a título de enriquecimento sem causa, de indenização (responsabilidade civil) e de outros remédios contra ilegalidades no caso de haver dúvida jurídica razoável. E tal será feito tratando

[i] Professor de Direito Civil, Notarial e de Registros Públicos da Universidade de Brasília (UnB), no IDP/DF, Fundação do MPDFT, no EBD-SP, na Atame do DF e de GO e em outras instituições. Consultor Legislativo do Senado Federal em Direito Civil, Advogado, Parecerista, ex-Advogado da União e ex-assessor de ministro STJ. Doutorando, mestre e bacharel em Direito (UnB). Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCont. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC. *Instagram:* @profcarloselias e @direitoprivadoestrangeiro. *E-mail:* carloseliasdeoliveira@yahoo.com.br.

especificamente do que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu no seguinte julgado:

> DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.611, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. EXTINÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE NOVA ENTIDADE FAMILIAR. UNIÃO ESTÁVEL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
> 1. O recurso especial debate a possibilidade de equiparação da união estável ao casamento, para fins de extinção do direito real de habitação assegurado ao cônjuge supérstite.
> 2. Em sucessões abertas na vigência do Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação enquanto permanecer viúvo.
> 3. A atribuição do direto real de habitação consiste em garantia do direito de moradia por meio da limitação do direito de propriedade de terceiros, uma vez que herdeiros e legatários adquirem o patrimônio do acervo hereditário desde a abertura da sucessão, por força do princípio da *saisine*.
> 4. Conquanto o marco para extinção fizesse referência ao estado civil, o qual somente se alteraria pela contração de novas núpcias, não se pode perder de vista que apenas o casamento era instituição admitida para a constituição de novas famílias.
> 5. Após a introdução da união estável no sistema jurídico nacional, especialmente com o reconhecimento da família informal pelo constituinte originário, o direito e a jurisprudência paulatinamente asseguram a equiparação dos institutos quanto aos efeitos jurídicos, especialmente no âmbito sucessório, o que deve ser observado também para os fins de extinção do direito real de habitação.
> 6. Tendo em vista a novidade do debate nesta Corte Superior, bem como a existência de um provimento jurisdicional que favorecia o recorrido e o induzia a acreditar na legitimidade do direito real de habitação exercido até o presente julgamento, deve o aluguel ser fixado com efeitos prospectivos em relação à apreciação deste recurso especial.
> 7. Recurso especial provido.[1]

Em relação a esse julgado, o foco do presente texto está apenas no item 6 da ementa acima, que trata da viabilidade ou não de haver restituição de ganhos ilícitos (por força da vedação ao enriquecimento sem causa) no caso de dúvida jurídica razoável.

Em suma, após o falecimento do cônjuge virago em 1990, o viúvo adquiriu o direito real de habitação sobre o imóvel onde vivia o casal[2] com fundamento no Código Civil de 1916, que só garantia esse direito enquanto o viúvo vivesse e permanecesse nessa condição[3]. Em razão disso, os outros cinco filhos do casal, enquanto herdeiros, assumiram a propriedade de parte do imóvel, mas ficaram privados de usá-lo ou de fruí-lo por conta do direito real de habitação instituído em favor do pai. Dois anos após a morte (ou seja, em 1992), o viúvo, porém, constituiu união estável com novo amor em 1992 com expresso reconhecimento em escritura

---

[1] STJ, 3° Turma, REsp 1617636/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 03/09/2019.

[2] Trata-se de uma casa situada no bairro Lago Sul, bairro nobre de Brasília/DF, conforme relatado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF (TJDFT, 2ª Turma Cível, 20140020314216AGI, Rel. Desembargador João Egmont, DJE 6/11/2015).

[3] Art. 1.611, § 2º, do CC/1916 (com inclusão da Lei nº 4.121/1962): "Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habilitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar."

pública, o que levou os cinco filhos a defenderem que esse fato teria extinguido o direito real de habitação. Por consequência, os filhos reivindicaram a condenação do pai a pagar valores de aluguéis por conta do uso exclusivo do imóvel, tudo em nome da vedação ao enriquecimento sem causa.

Com esses pedidos dos filhos (declaração de extinção do direito real de habitação e condenação do pai a pagar valores de aluguéis), surgiu a seguinte questão jurídica: à luz do art. 1.611, § 2º, do Código Civil de 1916, a constituição de posterior união estável pelo viúvo é ou não causa de extinção do direito real de habitação?

O juiz de primeiro grau entendeu que "sim" e, por isso, deferiu ambos os pedidos dos filhos, inclusive o de condenação do pai a pagar os valores de aluguéis proporcionalmente à fração ideal dos filhos sobre o imóvel, desde a data de 17/10/2013 (data em que os filhos formularam o pedido). O argumento foi o de que, quando o referido preceito do Código Beviláqua previa a extinção do direito real de habitação no momento em que o habitante deixasse o estado de viuvez, ele estaria abrangendo as hipóteses de constituição de união estável.

O TJDFT, todavia, ao apreciar o agravo de instrumento, entendeu que "não" e, por isso, negou os pedidos do filho. O fundamento foi o de que união estável não altera estado civil da pessoa, de maneira que o viúvo não teria mudado de estado civil de viúvo e, por isso, não teria perdido o direito real de habitação. Em reforço a isso, a união estável sequer era admitida quando da entrada em vigor do § 2º do art. 1.611 do CC/1916[4], de maneira que não seria adequado fazer uma interpretação extensiva para atrofiar direitos. E, por fim, o Tribunal local desferiu a seguinte censura contra os filhos do habitante:

> Causa estranheza e também perplexidade a exigência por parte dos filhos agravados de que o pai arque com "aluguéis" para permanecer na casa que ele mesmo adquiriu e onde a família reside desde 1981, não se podendo olvidar, também, que "É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária" (art. 3º Lei 10.741/03).[5]

O STJ, no julgado acima, reformou o acórdão da Corte local e entendeu que a união estável deve ser considerada causa de extinção do direito real de habitação à luz do CC/1916, pois essa forma de família deve ser equiparada ao casamento para esse efeito. Afinal de contas, a intenção do antigo Código era fulminar o direito real de habitação quando o viúvo constituísse uma nova família[6].

---

[4] O aludido preceito foi incluído pela Lei nº 4.121/1962.

[5] TJDFT, 2ª Turma Cível, 20140020314216AGI, Rel. Desembargador João Egmont, DJE 6/11/2015.

[6] Alertamos o leitor de que o direito real de habitação ao cônjuge supérstite tem regência diversa no atual Código Civil: não se extingue com novo casamento ou nova união estável do habitante (art. 1.831, CC/2002: "Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da

Não é, contudo, esse aspecto que importa para o presente texto. O que interessa é a questão jurídica daí consequente: o pai deveria ou não pagar aos filhos aluguéis pelo uso exclusivo do imóvel?

O Ministro Marco Aurélio Bellizze, num primeiro momento, condenou o pai a pagar esses frutos, mas, em outra assentada, voltou atrás por reconhecer que, até então, a inédita questão jurídica relativa à extinção do direito real de habitação do CC/1916 pelo advento da união estável era controversa, do que dá prova o fato de o TJDFT ter decidido contrariamente ao juízo de primeiro grau. O genial magistrado reconheceu que o pai tinha a legítima expectativa de que não haveria de ter de pagar os aluguéis, especialmente por ter recebido o beneplácito do TJDFT, razão por que a condenação ao pagamento dos aluguéis só poderia se dar a partir da data do julgamento do STJ. É oportuno reproduzir as palavras do magistrado e civilista carioca[7].

> Daí a superveniência de pedido de arbitramento de aluguéis, juntado aos autos da ação de inventário em 18/10/2013 pelos ora recorrentes, como forma de "compensação financeira pela privação do direito à quota parte do bem herdado que deve no caso ser resolvido mediante o pagamento de aluguel mensal, sob pena de caracterizar-se locupletamento ilícito" (e-STJ, fl. 218), o que foi deferido pelo Juízo de primeiro grau. Nesse cenário, cabe frisar que o recorrido ocupa o imóvel do casal desde a abertura da sucessão. Além disso, o imóvel é objeto da ação de inventário que tramita desde 2008, e a determinação de pagamento de aluguéis proporcionais à fração-ideal de cada recorrente somente foi estabelecida a partir da data em que juntado aos autos o pedido (e-STJ, fls.16-17). No entanto, até o momento, ao que consta dos autos, não houve o pagamento pelo recorrido, uma vez que a decisão interlocutória foi reformada pelo acórdão de origem, nutrindo no recorrido a legítima expectativa de que gozava do direito real de habitação. Outrossim, a questão jurídica debatida nos autos é nova nesta Corte Superior e, até o momento, controvertida nas instâncias ordinárias, tanto que o acórdão do Tribunal local está sendo agora reformado. Portanto, diante dessas considerações, *mostra-se razoável que a obrigação de pagar aluguel, a qual decorre da extinção do direito real de habitação, reconhecida nos termos do voto, deverá ser fixada a partir da deste julgamento.* Com essas considerações adicionais, ratifico os fundamentos expostos, reformulando o dispositivo, para dar provimento ao recurso especial, declarando extinto o direito real de habitação e fixando a obrigação de pagar aluguel, nos termos definidos pelo juízo de primeiro grau, a partir do presente julgamento. É como voto. (g.n.)

Esse desfecho equilibrado e aristotélico quanto ao pleito do pagamento dos frutos aos filhos merece atenção especial dos civilistas, porque ele representa um assunto pouco explorado pela doutrina: a dúvida jurídica razoável como excludente de ilicitude e, por consequência, como causa idônea a afastar ou atenuar a responsabilidade civil, a restituição fundada na vedação ao enriquecimento sem causa e outros remédios contra ilegalidades. Trataremos disso a seguir e exporemos outros julgados do STJ no mesmo sentido.

---

participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar"). O caso julgado pelo STJ, todavia, era guiado pelo CC/1916.

[7] Aditamento de Voto do Relator neste julgado: STJ, 3ª Turma, REsp 1617636/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 03/09/2019.

2. A DÚVIDA JURÍDICA RAZOÁVEL COMO EXCLUDENTE DE ILICITUDE, DE RESPONSABILIDADE CIVIL, DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E DE OUTROS REMÉDIOS CONTRA ILÍCITOS CIVIS

O julgado do STJ em foco abre espaço para demonstrar a importância da dúvida jurídica razoável para afastar ilicitudes e, por consequência, os efeitos dela decorrentes ou, no mínimo, para atenuar o grau de ilicitude e consequentemente triar os efeitos.

Antes de deitar holofotes sobre esse assunto, apontaremos os tipos de ilicitudes existentes no Direito Civil (ilícitos civis) com os respectivos remédios (os efeitos decorrentes do ilícito).

2.1. TIPOS DE ILÍCITOS CIVIS E REMÉDIOS

Em palestra no Instituto Brasileiro de Direito Público em Brasília (IDP/DF), em 7 de agosto de 2019, o sempre talentoso jurista Nelson Rosenvald apontou interessantes reflexões espelhando-se no direito britânico, com destaque nas obras de Peter Birks e James Goudkamp[8]. Com base nelas, acrescidas de adaptações nossas, podemos falar em quatro ilícitos civis e em cinco remédios para esses ilícitos.

Os *ilícitos civis* podem ser:

> a) Inadimplemento de obrigação decorrente de um contrato ou de outro ato jurídico (fato jurídico fonte: contrato ou outro ato jurídico);
> b) Violação da lei (fato jurídico fonte: lei);
> c) Enriquecimento ilícito (fato jurídico fonte: vedação ao enriquecimento ilícito em geral);
> d) Pagamento indevido (fato jurídico fonte: vedação ao enriquecimento ilícito por pagamento indevido).

Os *remédios* – que seriam efeitos jurídicos decorrentes dos ilícitos civis e que se destinam a reprimi-los - podem ser:

---

[8] Sobre o assunto, reportamos aos textos de: SMITH, Stephen. Rights, Remedies, and Causes of Action. *In:* RICKETT, C. E. F.; GRANTHAM, Ross. *Structure and Justification in Private Law*: essays for Peter Birks. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1344458. Acesso em: 20 fev. 2020; BIRKS, Peter. Rights, Wrongs, and Remedies. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 20, n. 1, pp. 1-37, 2000. Disponível em: https://academic.oup.com/ojls/article-abstract/20/1/1/1582765?redirectedFrom=fulltext. Acesso em: 20 fev. 2020; ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o *disgorgement*? *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, jan./abr. pp. 11-31, 2017. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5283/3367. Acesso em: 20 fev. 2020.

a) Invalidação (aqui empregamos o termo em sentido extremamente amplo para abranger todas as hipóteses de inexistência, invalidade ou ineficácia dos fatos jurídicos, com inclusão das hipóteses de resolução contratual por culpa da parte);

b) Indenização[9];

c) Restituição (em decorrência do enriquecimento ilícito ou do pagamento indevido);

d) Tutela específica; e

e) Punição.

Havendo algum dos ilícitos civis, o ordenamento jurídico brasileiro articula os quatro remédios de diversas maneiras a depender de cada caso.

No caso de inadimplemento de um contrato ou de outro ato jurídico, o direito brasileiro permite, por exemplo, que o credor: (1) cobre os encargos moratórios ou a cláusula penal, alguns dos quais representam o remédio "indenização", outros dos quais representam o remédio "punição"; (2) cobre indenização por danos sofridos por força da responsabilidade civil contratual, o que corresponde ao remédio "indenização"; (3) exija o cumprimento forçado da prestação, o que retrata o remédio "tutela específica"; ou (4) pleiteie a resolução contratual, que é uma hipótese de perda da eficácia do negócio jurídico a qual enquadramos no remédio designado de "invalidação".

Em se tratando de violação da lei, o mais comum é ser cabível: (1) o pronunciamento da inexistência, invalidade ou ineficácia do ato jurídico, o que representa o remédio "invalidação"; (2) a indenização pelos danos sofridos, ou seja, a responsabilidade civil extracontratual, o que retrata o remédio "indenização".

Havendo enriquecimento ilícito, o remédio disponível pelo ordenamento jurídico é a restituição do ganho indevidamente obtido por meio da ação *in rem verso* (ação de enriquecimento sem causa), nos termos dos arts. 884 ao 886 do CC.

Em havendo o pagamento indevido, é cabível, como remédio, a "restituição" por meio da repetição de indébito nos termos dos arts. 876 ao 883 do CC. Historicamente, a ação de repetição de indébito era uma espécie de ação *in rem verso*. Todavia, o direito brasileiro desmembrou a ação de repetição de indébito, e passou a disciplinar a ação *in rem verso* nos

[9] A propósito da indenização (responsabilidade civil), enfatize-se que ela decorre, em regra, de um ato ilícito. O enciclopédico civilista Flávio Tartuce, citando oportunamente San Tiago Dantas, averba, *in litteris*: "A concepção da responsabilidade sempre esteve relacionada à lesão do direito, segundo ensina San Tiago Dantas, sendo este conceito "fundamental para compreender-se bem o tema que se passará a estudar, o tema da defesa dos direitos". (TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito das obrigações e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 356.) Ensina esse doutrinador que, "sempre que se verifica uma lesão do direito, isto é, sempre que se infringe um dever jurídico correspondente a um direito, qual é a primeira consequência que daí advém? Já se sabe: nasce a responsabilidade" (TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito das obrigações e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 376)

arts. 876 ao 883 do CC com um caráter subsidiário. Por isso, no direito brasileiro, o pagamento indevido é fato jurídico diverso do enriquecimento sem causa e sujeita-se a ação diversa. Aliás, o próprio prazo prescricional é diverso: a ação de repetição de indébito prescreve em 10 anos, ao passo que a ação *in rem verso* prescreve em 3 anos.[10]

Essa classificação de atos ilícitos e remédios permite articular as obrigações, contratos, os atos unilaterais e a responsabilidade civil com maior clareza.

No presente texto, o que nos importa saber é se a dúvida jurídica razoável seria hábil ou não a afastar ou a atenuar o ilícito civil e, por consequência, os remédios daí decorrentes, especialmente os remédios da indenização e da restituição.

2.2. NATUREZA INDETERMINADA DO DIREITO: A RELEVÂNCIA DA DÚVIDA JURÍDICA RAZOÁVEL COMO ELEMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA

O Direito é marcado por certo grau de indeterminação. Isso não quer dizer que ele é totalmente imprevisível, mas sim que sempre haverá certa margem de imprevisibilidade acerca de como, no futuro, se comportará o profissional do Direito incumbido de interpretar o ordenamento. Em poucas palavras, as regras do jogo nem sempre são absolutamente claras de modo prévio. A propósito, reiteramos o que expusemos em outra ocasião[11]:

> O Direito, por sua natureza, é uma matéria-prima plástica e dinâmica, de modo que diferentes soluções jurídicas podem ser obtidas de modo legítimo por meio da hermenêutica[12]. O problema da "indeterminação do Direito" expõe os juristas, há muitos séculos, desde a Noite dos Tempos, à condenação de Sísifo: os juristas tentam rolar a pedra do Direito para o topo do monte em busca da obtenção de uma "determinação unívoca do Direito", mas, sempre, ao chegar perto do cume da montanha, a pedra implacavelmente retorna ao seu início de "indeterminação"[13].
>
> Portanto, por maior que seja o esforço em estabelecer regras que domestiquem a hermenêutica, sempre haverá espaço de flexibilidade e coexistência de soluções jurídicas diversas a depender das inclinações

[10] STJ, Corte Especial, EREsp 1523744/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 13/03/2019.

[11] OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *A Segurança Hermenêutica nos vários Ramos do Direito e nos Cartórios Extrajudiciais*: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas CONLEG/Senado, junho/2018. Publicado em março de 2018-A. Disponível em: http://www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de março de 2018.

[12] Emprega-se aqui o vocábulo "hermenêutica" em sentido amplo, abrangendo ao que, na Academia, designa-se de "Argumentação Jurídica".

[13] A propósito da indeterminação do Direito, reportamo-nos aos escritos de Inocêncio Mártires Coelho: COELHO, Inocêncio Mártires. *Indeterminação do direito, discricionariedade judicial e segurança jurídica*. Disponível em: https://www.uniceub.br/media/491563/Anexo9.pdf. Acesso em: 24 fev. 2020. Chegamos a apontar essa natureza incerta do Direito sob o enfoque de Miguel Reale, de Recaséns Siches e Eros Roberto Grau nestes textos: (1) OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Competência para fiscalizar atividade jurídica de membros da advocacia pública federal*: TCU ou órgão correcional próprio. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/24056. Acesso em: 21 fev. 2020; (2) OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos* (Texto para Discussão nº 245). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas CONLEG/Senado, março, 2018-B. Disponível em: http://www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de março de 2018.

> dos juristas que estiverem a interpretar[14]. É evidente, porém, que os estudos de Argumentação Jurídica conseguem reduzir o grau de imprevisibilidade e de voluntarismo, mas não será hábil a garantir plena predeterminação do ponto de chegada da atividade interpretativa.

A dúvida jurídica razoável é elemento de segurança jurídica que deve ser levado em conta pelo jurista ao avaliar a legalidade da conduta do indivíduo. Se este age amparado em dúvida jurídica razoável, ele não deve ser futuramente submetido a repreensões desproporcionais na hipótese de vir a prevalecer uma solução jurídica diversa. Em outras palavras, se, no referido exemplo, a conduta do indivíduo vem a ser considerada ilegal, é forçoso reconhecer que ele agiu de boa-fé e, por isso, a sua "ilegalidade" é legítima.

Sobre o tema, tivemos a oportunidade de defender que o jurista, ao adotar uma interpretação, deve ter grau de empatia com o indivíduo que agiu sob dúvida jurídica razoável e, por isso, deve ter cuidado em só permitir a produção dos efeitos jurídicos que sejam proporcionais (cindibilidade dos efeitos jurídicos). Tomamos a liberdade de reproduzir nossas reflexões[15]:

> A dúvida jurídica razoável não é um conceito absoluto; pode ser escalonada em graus de intensidade. Embora não haja um termômetro cirúrgico para essa medição, a prudência do jurista poderá aquilatar esse grau de intensidade da dúvida jurídica razoável com olhos no nível de amparo que as interpretações encontram na comunidade jurídica, na história do Direito e na tradição da sociedade.
> O grau de dúvida jurídica razoável dirá também o grau de ilegalidade que terão as interpretações que vierem a ser vencidas.
> Se, por exemplo, a interpretação vencida era escorada em jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores, o grau de dúvida jurídica razoável era altíssimo. A mudança de entendimento dos Tribunais Superiores, derrotando uma interpretação anteriormente pacífica, entregará essa interpretação vencida a uma situação de ilegalidade legítima. Essa ilegalidade, diante do elevado grau da dúvida jurídica razoável, é de intensidade baixíssima.
> Quanto menor o grau da ilegalidade legítima, menores devem ser as sanções jurídicas daí decorrentes. É nesse contexto que o jurista, em um juízo de proporcionalidade, deve analisar quais os efeitos jurídicos da ilegalidade legítima que podem ser irradiados.
> Se a ilegalidade era de intensidade baixíssima diante de um cenário de dúvida jurídica razoável, seria desproporcional admitir a produção de efeitos jurídicos punitivos drásticos, mas seria proporcional acatar os efeitos jurídicos de baixa repercussão contra quem confiou em uma interpretação razoável que foi vencida. De fato, em uma situação de grau baixíssimo de ilegalidade legítima, temos que praticamente nenhum efeito sancionador deverá ser produzido, pois, nessa situação, a dúvida jurídica era tão grande que a própria existência de uma norma jurídica pode ser questionada. Afinal de contas, norma é texto e contexto: se o contexto é extremamente turvo, a norma é incompleta.

---

[14] Não se ignoram os esforços de, no âmbito das teorias da argumentação jurídica, dar objetividade ao discurso jurídico. Ocorre que, apesar desses esforços, o máximo que se pode conseguir é fixar regras discursivas que eliminam puras arbitrariedades dos intérpretes e que aproximam o resultado do discurso jurídico a um modelo mais democrático. Todavia, inevitavelmente as inclinações pessoais dos juristas ainda continuarão a impregnar-se no resultado da hermenêutica. Uma teoria pura do Direito é um dever-ser, e não um ser.

[15] OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos* (Texto para Discussão nº 245). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas CONLEG/Senado, março, 2018-B. Disponível em: http://www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de março de 2018, p. 7-10.

> Em um exemplo extremo, seria desproporcional punir com prisão quem, no século XVIII, impedia um negro de entrar em um ambiente, embora possa ser proporcional impor-lhe um dever de abster-se de reiterar essa prática doravante. Isso porque, naqueles tempos sombrios de escravidão, a comunidade jurídica brasileira era majoritária no sentido de negar direitos aos negros. Embora esse fato (obstrução do negro a adentrar um estabelecimento) possa ser considerado ilegal atualmente – e repugnante! –, os efeitos jurídicos desse fato devem ser cindidos e, em seguida, devem ser submetidos a um juízo de proporcionalidade próprio, com olhos no grau de dúvida jurídica razoável que imperava sobre o tema no século XVIII.
> Com base nesse juízo de proporcionalidade entre o grau de ilegalidade e a intensidade dos efeitos jurídicos, o jurista precisa individualizar a análise de cada um desses efeitos e negar a produção daqueles efeitos que se afigurem desproporcionais. Os efeitos jurídicos da ilegalidade podem ser cindidos; trata-se do que designamos de "cindibilidade dos efeitos da ilegalidade legítima"
> Por essa razão, o jurista, ao enfrentar a árdua tarefa de interpretar o Direito, deve ter a prudência de, após eleger a sua alternativa hermenêutica, investigar quais são as soluções efetivas que poderão ser aplicadas ao caso concreto, com a postura humilde e empática de reconhecer que, em um cenário de razoável dúvida hermenêutica, será injusto infligir duras punições a quem adotou, em momento anterior, uma opção hermenêutica diferente. (...)
> Diante da natureza inexata do Direito, entendemos que a ilegalidade legítima – assim entendida aquela contrariedade à interpretação normativa vitoriosa que esteja amparada em uma dúvida jurídica razoável – afasta a má-fé e, em consequência, impõe ao jurista o dever de proceder à cindibilidade dos efeitos jurídicos a serem produzidos. Nesse procedimento de "cindibilidade dos efeitos jurídicos", o jurista deverá realizar um juízo de proporcionalidade entre o grau da ilegalidade legítima e a intensidade dos efeitos jurídicos para somente admitir a produção daqueles efeitos que sejam considerados proporcionais.

Portanto, é imperativo da segurança jurídica que o jurista incumbido de analisar a legalidade de uma conduta tenha a sensibilidade de não expor aqueles que agiram sob dúvida jurídica razoável a repreensões desproporcionais. Cabe-lhe, diante dos vários efeitos jurídicos espargidos pelo reconhecimento da ilegalidade de uma conduta, autorizar a irradiação apenas daqueles que sejam proporcionais.

2.3. DÚVIDA JURÍDICA RAZOÁVEL NOS OUTROS RAMOS DO DIREITO

Há diversos exemplos de cindibilidade dos efeitos jurídicos em situações de dúvida jurídica razoável nos mais diversos ramos do Direito, conforme expusemos em outra ocasião[16]:

[16] OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos* (Texto para Discussão nº 245). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas CONLEG/Senado, março, 2018-B. Disponível em: http://www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de março de 2018, p. 7-10.

a) Direito Administrativo: sanções administrativas podem ser afastadas contra agente público que agiu sob dúvida jurídica razoável, a exemplo de gestor que agiu amparado em parecer jurídica da procuradoria, da vedação de responsabilização do agente público por infração hermenêutica fora dos casos de dolo ou erro grosseiro (art. 28, LINDB[17]), do juiz que interpretou a legislação sem dolo ou fraude, do advogado público licenciado que exercia a advocacia privada com base em interpretação razoável da legislação, do servidor público que, de boa-fé, com base em interpretação razoável da legislação, recebe valores indevidos e da convalidação, pelo STF, de nomeação de empregados públicos sem concurso público diante da existência de dúvida jurídica razoável acerca da necessidade de concurso público.

b) Processo civil: há vários exemplos, como a fungibilidade recursal e a possibilidade de modulação dos efeitos da jurisprudência no caso de mudança da orientação dominante (art. 927, § 3º, do CPC).

c) Direito Constitucional: a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

2.4. DÚVIDA JURÍDICA RAZOÁVEL E A CINDIBILIDADE DE EFEITOS JURÍDICOS DESPROPORCIONAIS NO DIREITO CIVIL

No Direito Civil, a dúvida jurídica razoável e a cindibilidade dos efeitos jurídicos também devem ser observadas. Em muitos casos, elas são admitidas sob institutos irmãos, como a de proteção da boa-fé, a da vedação da não surpresa (princípio da confiança) ou a do princípio da proporcionalidade. Esses outros argumentos, na verdade, são outros nomes ao que, com mais especificidade, designamos de tutela da dúvida jurídica razoável e de cindibilidade dos efeitos jurídicos.

Conforme já expusemos, há diversos tipos de ilícitos civis (inadimplemento de obrigação, violação de lei, enriquecimento ilícito e pagamento indevido). E, para eles, há remédios, que são efeitos jurídicos que reprimem esses ilícitos (invalidação, tutela específica, indenização, restituição e punição). Cabe ao jurista, quando se deparar com alguém que agiu sob dúvida jurídica razoável, só autorizar o manuseio dos remédios que se afigurem proporcionais.

No caso da responsabilidade civil, convém recordar que o art. 186 do Código Civil exige, como requisito do ilícito civil, não apenas o dano e a culpa, mas também a "violação de direito[18]". Se há dúvida jurídica razoável, ela é idônea a afastar ou, no mínimo, a atenuar a caracterização desse requisito da "violação de direito", o que, consequentemente, repele o dever de indenizar ou, no mínimo, acarreta a redução do valor a ser fixado a título de indenização.

Ora, como a legalidade prévia é um pressuposto do Estado de Direito, o particular que age com amparo em dúvida jurídica razoável não pode ser punido se, posteriormente, a

[17] Reportamos a outro texto nosso que esmiuçou o assunto (Oliveira, 2018-A).
[18] Art. 186, CC. "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

jurisprudência vem a decidir diversamente, sob pena de transformá-lo em um "boca de canhão hermenêutico", em um "boi de piranha hermenêutico" ou em um "mártir hermenêutico". Os arts. 138, III, e 186 do CC e o art. 942, § 2º, do CPC dão suporte a isso. A propósito, reproduzimos ponderações que já fizemos em outra oportunidade[19]:

> Como a violação de direito é essencial para a caracterização do ato ilícito no Direito Civil (art. 186 do CC), é fundamental que a regra jurídica seja clara de antemão. Isso decorre do princípio da legalidade, que só vincula as pessoas a leis prévias, e do princípio da segurança jurídica, que prestigia a nitidez das normas. Isso é um pressuposto do Estado de Direito. Se a norma textual é de duvidosa interpretação (dúvida razoável), o jurista deverá averiguar o grau de dúvida jurídica que ronda a definição da norma diante dos casos concretos, de modo a, por um juízo de razoabilidade, afastar consequências jurídicas que sejam desarrazoadas.
>
> No Direito Civil, a dúvida jurídica razoável também pode afastar ou, a depender do seu grau, atenuar a responsabilidade civil, por ser injusto punir o particular em um cenário causado pelo próprio Estado, que não deixou as regras claras. Se a dúvida jurídica razoável for de intensidade elevada, entendemos que a responsabilidade civil deve ser totalmente excluída. Se, porém, a intensidade de dúvida não for tão elevada, seria cabível admitir parcialmente a responsabilidade civil, pois o requisito da "violação de direito" (art. 186, CC) estaria presente apenas em parte. A consequência desse acolhimento parcial da responsabilidade civil é a redução proporcional do valor da indenização.
>
> A falta de clareza normativa é um problema do Estado e do sistema democrático, de modo que o particular não pode ser punido por, diante dessa névoa normativa, adotar uma interpretação que posteriormente venha a ser rechaçada pelos tribunais. Enquanto a dúvida jurídica razoável não for dissolvida, não se pode punir os particulares com sanções jurídicas desproporcionais. É claro que, depois que os tribunais se manifestarem sobre um determinado caso, a dúvida jurídica razoável estará dissolvida ou atenuada.
>
> O problema, porém, é como tratar os particulares envolvidos nos casos paradigmáticos que geraram a jurisprudência. Não se os pode punir por terem adotado uma via hermenêutica razoável que, posteriormente, foi recusada pelos tribunais. Os particulares não podem ser sacrificados em prol dos demais, que se beneficiarão com o fim da dúvida jurídica razoável. Isso acontece quando os tribunais, diante de uma situação de dúvida jurídica razoável, escolhem uma interpretação e punem o indivíduo que, antes da pacificação hermenêutica, teve o azar de abraçar uma interpretação vencida. Em situações como essas, o particular envolvido no *leading case* é entregue em holocausto vicário em favor dos demais indivíduos, que, cientes da interpretação vencedora, saberão qual interpretação a adotar. Isso é injusto. O particular envolvido no *leading case* não pode ser punido com sanções desproporcionais. Temos que a responsabilidade civil não pode ser usada para transformar particulares em "bois de piranha hermenêuticos", em um "mártir hermenêutico" ou em "bocas de canhão hermenêuticas".
>
> Quanto aos que sofreram danos, eles não podem exigir indenização de quem agiu sob dúvida jurídica razoável, pois aí falta o requisito da violação de direito exigido para a caracterização do ato ilícito. Se alguém deveria pagar a indenização, seria o legislador – que não deixou as regras do jogo claras –, mas, como vige o regime da irresponsabilidade do legislador e como isso decorre de falhas no sistema democrático, nada há a fazer. Em última instância, a situação de lacuna normativa é culpa de todos os indivíduos, que não exerceram adequadamente o seu poder democrático diretamente ou por meio de seus representantes. Omissão normativa do Estado não pode recair

[19] OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos* (Texto para Discussão nº 245). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas CONLEG/Senado, março, 2018-B. Disponível em: http://www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de março de 2018, p. 15-17.

> sobre os ombros do homem comum, do *"the man on the Clapham bus"*[20], que, sem formação jurídica, tem de enfrentar um anuviado ambiente de dúvida jurídica razoável e arriscar escolher uma interpretação razoável.
> Apesar de poder afastar ou atenuar a responsabilidade civil, a dúvida jurídica razoável poderá não afastar consequências civis menos gravosas, como a de originar uma obrigação de não fazer daqui para frente. O intérprete pode e deve modular os efeitos da interpretação da norma mesmo no Direito Civil, avaliando, sob a ótica da razoabilidade, que consequências civis são razoáveis. O art. 942, § 2º, do CPC, que prevê essa modulação dos efeitos de interpretações jurisprudenciais, não deve ser aplicado apenas no caso de mudanças de jurisprudências pacificadas, mas também no caso de pacificação de questões inéditas ao redor das quais pairavam dúvidas jurídicas razoáveis.
> Em reforço ao exposto, a própria previsão de anulabilidade do negócio jurídico por erro de direito (art. 138, III, do CC) é o reconhecimento de que o ordenamento jurídico protege o particular atarantado por um clima de dúvida jurídica razoável. O que propomos aqui é a extensão disso para outras consequências jurídicas, como a responsabilidade civil, a depender de um juízo de proporcionalidade entre o grau da dúvida jurídica e a gravosidade da consequência jurídica civil disponível.
> Portanto, a depender de grau de intensidade da dúvida jurídica razoável, o requisito "violação do direito" previsto no art. 186 do CC deve ser tido por total ou parcialmente descaracterizado e, em consequência, a responsabilidade civil deve ser excluída total ou parcialmente (atenuada, com redução proporcional do valor da indenização).

2.5. CASO ESCOLHIDO DO STJ

O julgado escolhido neste texto para ser comentado ilustra um exemplo de aplicação da cindibilidade dos efeitos jurídicos no caso de dúvida jurídica razoável em questão de Direito Civil.

O STJ reconheceu que o direito real de habitação havia sido extinto desde o momento em que o viúvo formou união estável. No caso concreto, o viúvo havia formado união estável no ano de 1992.

Daí decorre que, em princípio, a ocupação exclusiva do imóvel (a casa do bairro Lago Sul em Brasília/DF) pelo ex-viúvo sem pagamento de qualquer valor aos seus filhos (que eram proprietários de parte da casa) configura um ilícito civil: o enriquecimento sem causa.

Desse ilícito civil, em tese, abre-se o leque dos seguintes remédios:

> a) *Restituição*: a condenação do ex-viúvo a restituir o ganho indevido, o que, na espécie, significaria o seu dever de pagar aos filhos o valor de aluguel do imóvel proporcionalmente à fração ideal deles no imóvel;
>
> b) *Tutela específica*: filhos poderiam exigir que o ex-viúvo desocupasse o imóvel com a posterior locação do bem a terceiros para divisão dos frutos ou com posterior dissolução do condomínio.

O STJ, com base em um juízo de razoabilidade, reconhecendo que o ex-viúvo amparava-se em uma interpretação razoável da legislação (no sentido de que o direito real de

[20] Essa expressão inglesa se reporta ao homem comum, como lembra Ronald Coase (2016, p. 4). *Clapham* é um bairro muito popular de Londres, de modo que a referência a um homem em um ônibus nesse local reporta-se a uma situação comum.

habitação não teria sido extinto com a união estável) e que o assunto era inédito, afastou parcialmente o remédio da "restituição", estabelecendo que este só seria devido a partir da data de julgamento. A ideia é a de que, com o julgamento pelo STJ, dissipou-se a situação dúvida jurídica razoável do ex-viúvo, que, agora, não terá dúvida alguma de que seu direito real de habitação já se extinguiu. O STJ, em outras palavras, modulou os efeitos do remédio da "restituição", emprestando-lhe eficácia *ex nunc*. Trocando em miúdos, o STJ cindiu parcialmente os efeitos jurídicos diante do cenário de dúvida jurídica razoável.

Quanto à tutela específica, não houve pedido dos filhos nesse sentido, mas ela provavelmente seria tida por razoável após o julgamento do STJ.

2.6. OUTROS JULGADOS DO STJ

2.6.1. CASOS DE PLANO DE SAÚDE

O supracitado julgado do STJ dança harmonicamente com outros dessa Corte em matérias de Direito Civil.

Nos casos de negativas indevidas de cobertura pelo plano de saúde, o STJ entende que esse fato pode causar dano moral a ser indenizado pela operadora[21].

Se, porém, à época, a operadora tivesse se amparado em dúvida jurídica razoável, o STJ promove uma cindibilidade dos efeitos produzidos por sua decisão de reconhecer a ilegalidade da conduta da operadora: o efeito jurídico drástico (a indenização por dano moral) é afastado, ao passo que o efeito jurídico da condenação da operadora a, doravante, dar a cobertura (tutela específica) é deferido.

Nesse sentido, quando o STJ passou a decidir que os planos de saúde têm de fornecer medicamentos registrados na Anvisa, ele afastou a condenação da operadora a pagar dano moral ao consumidor (indenização), mas manteve o seu dever de fornecer os medicamentos (tutela específica), por reconhecer que a operadora, ao negar a cobertura à época, agira ao amparo de dúvida jurídica razoável. O STJ, com base na razoabilidade, realizou uma cindibilidade dos efeitos jurídicos produzidos pelo reconhecimento da ilegalidade da conduta da operadora. Confira-se este ilustrativo excerto da ementa do julgado que assim decidiu:

> 11. Em regra, a recusa indevida pela operadora de plano de saúde de cobertura médico-assistencial gera dano moral, porquanto agrava o sofrimento psíquico do usuário, já combalido pelas condições precárias de saúde, não constituindo, portanto, mero dissabor, ínsito às hipóteses correntes de inadimplemento contratual.

[21] A mera negativa indevida pela operadora do plano de saúde, por si só, não gera dano moral. É preciso haver agravamento da dor, do abalo psicológico ou prejuízos à saúde do paciente (STJ, AgInt no REsp 1776261/SC, 4ª Turma, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe 18/12/2019).

> 12. Há situações em que existe dúvida jurídica razoável na interpretação de cláusula contratual, não podendo ser reputada ilegítima ou injusta, violadora de direitos imateriais, a conduta de operadora que optar pela restrição de cobertura sem ofender, em contrapartida, os deveres anexos do contrato, tal qual a boa-fé, o que afasta a pretensão de compensação por danos morais.
> 13. Não há que se falar em dano moral indenizável quando a operadora de plano de saúde se pautar conforme as normas do setor. No caso, não havia consenso acerca da exegese a ser dada ao art. 10, incisos I e V, da Lei nº 9.656/1998.
> 14. Recurso especial parcialmente provido.[22]

Procedeu da mesma forma o STJ ao reconhecer a ilegalidade da cláusula de exclusão da cobertura de *stent*: negativas indevidas dessa cobertura antes da pacificação da jurisprudência não ensejariam condenação da operadora a indenizar dano moral (indenização), embora coubesse à operadora fornecer a cobertura (tutela específica). Afinal de contas, havia dúvida jurídica razoável. Veja esta ementa, relatada pela genial Ministra Maria Isabel Gallotti:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. DEVER DE INDENIZAR. CLÁUSULA CONTRATUAL CONTROVERTIDA.
> 1. O mero descumprimento de cláusula contratual controvertida não enseja a condenação por dano moral.
> 2. Embora a jurisprudência tenha posteriormente se consolidado no sentido da invalidade de cláusula que exclua a cobertura de *stent*, no caso em exame, a circunstância de o contrato não ter sido adaptado à Lei 9.656/98 emprestava, na época em que ocorridos os fatos, relevância à discussão travada pelo réu, tese acolhida pelo relator originário da apelação
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.[23]

Igual postura se deu em relação a negativas do plano de saúde com fundamento em dúvida jurídica razoável na interpretação da cláusula contratual. O STJ afasta o dano moral aí. Foi sob essa ótica que o STJ absolveu do dever de indenizar a operadora de plano de saúde que negou tratamento fisioterápico domiciliar, pois ela havia se amparado em uma interpretação razoável de cláusula contratual que excluía tratamentos domiciliares e que veio a ser declarada nula pelo Judiciário posteriormente. De fato, nesse caso, assim averbou o Ministro Moura Ribeiro:

> (...) A Terceira Turma do STJ pacificou o entendimento de que, embora, em regra, a indevida negativa de cobertura enseje a reparação por dano extrapatrimonial, este deve ser afastado, caso haja dúvida razoável na interpretação do contrato, porquanto descaracterizada a conduta ilegítima da operadora do plano de saúde.[24]

Em caso similar, após considerar abusiva cláusula que exclui cobertura de tratamento prescrito pelo médico e não previsto no rol de procedimentos da ANS, o STJ cindiu os efeitos jurídicos daí decorrentes: negou a indenização por dano moral por conta da dúvida

---

[22] STJ, 3ª Turma, REsp 1632752/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, DJe 29/08/2017.
[23] STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1457475/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 24/09/2014.
[24] STJ, AREsp 1.464.124/MG, Rel. Min. Moura Ribeira, decisão monocrática, DJ 18/09/2019.

jurídica razoável (indenização), mas condenou a operadora a continuar dando a cobertura (tutela específica). Confira-se:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. ENTIDADE AUTOGESTÃO. CDC. NÃO APLICAÇÃO. CONTRATO. LIMITAÇÃO DE COBERTURA DE DOENÇAS. POSSIBILIDADE. PROCEDIMENTOS PARA O TRATAMENTO. ILEGITIMIDADE. DANO MORAL. INEXISTENTE.
> (...)
> 2. O contrato de plano de saúde pode limitar as doenças a serem cobertas, não lhe sendo permitido, todavia, delimitar os procedimentos, exames e técnicas necessárias ao tratamento da enfermidade prevista na cobertura.
> 3. Consolidou a jurisprudência do STJ o entendimento de que é abusiva a negativa de cobertura para o tratamento prescrito pelo médico para o restabelecimento do usuário de plano de saúde por ausência de previsão no rol de procedimentos da ANS, em razão de ser ele meramente exemplificativo.
> 4. A recusa da cobertura de tratamento por operadora de plano de saúde, por si só, não configura dano moral, notadamente quando fundada em razoável interpretação contratual. Precedentes.
> 5. Agravo interno e recurso especial parcialmente providos.[25]

Igualmente, o STJ afastou condenação de indenização por dano moral contra a operadora de plano de saúde que, alegando inexistir previsão contratual, negou tratamento *home care*, pois havia aí dúvida jurídica razoável. Confira-se:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE.
> TRATAMENTO HOME CARE. TRATAMENTO DEFERIDO JUDICIALMENTE. RECUSA FUNDADA EM INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DESTA CORTE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
> 1. A recusa da operadora do plano de saúde baseou-se na ausência de previsão contratual para o fornecimento de home care. Dúvida razoável na interpretação do contrato que não configura conduta ilícita capaz de ensejar indenização. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ.
> 2. Agravo desprovido.[26]

A propósito, ao considerar indevida a conduta do plano de saúde de negar tratamento de obesidade mórbida em clínica de emagrecimento por recomendação médica, o STJ cindiu os efeitos jurídicos: deferiu a tutela específica, mas negou o dano moral por conta da dúvida jurídica razoável. O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva sintetizou bem os motivos:

> (...) Há situações em que existe dúvida jurídica razoável na interpretação de cláusula contratual, não podendo ser reputada ilegítima ou injusta, violadora de direitos imateriais, a conduta de operadora que optar pela restrição de cobertura sem ofender, em contrapartida, os deveres anexos do contrato, tal qual a boa-fé, o que afasta a pretensão de compensação por danos morais.[27]

Idêntico proceder adotou o STJ em relação a plano de saúde que, com fundamento

[25] STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp 1682692/RO, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 06/12/2019.
[26] STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp 983.652/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 2/2/2017.
[27] STJ, 3ª Turma, REsp 1645762/BA, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 18/12/2017.

em dúvida jurídica razoável em relação a cláusula contratual, negou indevidamente: (1) cobertura de quimioterapia e radioterapia[28]; (2) tratamento de injeção intra-vítrea[29]; e (3) fornecimento de prótese ocular necessária para cirurgia de catarata[30].

2.6.2. CASO DA CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA DE FILMES

Além dos casos envolvendo pleito de lucros cessantes por controvérsia acerca da existência de direito real de habitação e pleito de indenização por dano moral por recusa indevida de tratamento por plano de saúde, o STJ vale-se da cindibilidade dos efeitos jurídicos diante da existência de dúvida jurídica razoável em outras hipóteses.

Em interessantíssimo julgado, o STJ absolveu uma empresa que retirou da sala de exibição do cinema uma criança e seu pai alegando que o filme era inadequado para menores de idade. A empresa se escorara em dúvida jurídica razoável, pois, à época dos fatos, o ato infralegal em vigor (Portaria nº 796/2000, do Ministério da Justiça) era genérico, e o ECA poderia vir a ser interpretado de modo a expor a empresa a pesadas sanções por ter permitido o acesso de menores a filme com conteúdo inadequado. O art. 255 do ECA previa multa pesada contra quem exibisse filme classificado como inadequado a crianças ou adolescentes. Naquele momento, era razoável interpretar que a classificação indicativa dos filmes era compulsória e não podia ser flexibilizada nem mesmo por vontade dos pais[31]. Com base nisso, o STJ valeu-se da dúvida jurídica razoável para afastar a condenação da empresa ao pagamento de indenização por dano moral.

2.6.3. CASOS EM QUE A DÚVIDA JURÍDICA RAZOÁVEL PODERIA TER SIDO UTILIZADA

Temos que não deveria ter sido condenado a pagar indenização por dano moral a padaria que havia se amparado no texto expresso da convenção condominial (que previa destinação exclusivamente comercial das unidades) para ligar suas máquinas de madrugada. O STJ, aplicando a *supressio*, condenou a padaria a pagar indenização por dano moral a moradora que, há anos, desrespeitava a convenção e emprestava destinação residencial à sua unidade (STJ, 3ª Turma, REsp 1096639/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 12/02/2009). Nessa

---

[28] Veja: STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp 1764592/PR, Rel. Ministro Moura Ribeiro, DJe 20/03/2019. Há julgado contrário, concedendo dano moral pelo fato de a cláusula contratual ter previsto a cobertura de quiomioterapia (STJ, 3ª Turma, REsp 1.651.289/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 5/5/2017).
[29] STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp 1.134.706/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 23/11/2017.
[30] STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp 1395816/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, DJe 02/05/2019.
[31] É verdade que, posteriormente, sobreveio a Portaria nº 1.100/2016, do Ministério da Justiça, para dar liberdade aos pais para flexibilizar a classificação indicativa dos filmes. Entretanto, à época dos fatos julgados pelo STJ, não havia essa clareza normativa.

hipótese, temos que, no mínimo, por conta da situação de dúvida jurídica razoável, deveria ter sido feita uma cisão dos efeitos jurídicos: deferir-se-ia a tutela específica (proibir padaria de ligar as máquinas) e indeferir-se-ia a indenização por dano moral[32].

Além do mais, também se deveria aplicar a dúvida jurídica razoável para repelir a condenação de estabelecimentos comerciais ao pagamento de indenização por dano morais nas hipóteses em que eles tenham negado acesso de transgênero a banheiro diverso daquele que consta de seus documentos de identidade, especialmente se essa negativa ocorreu antigamente, quando inexistia jurisprudência sobre o assunto. Não se trata aqui de questionar o mérito do direito do transgênero a escolher o banheiro que lhe aprouver. Cuida-se, sim, de apontar que esse tema não era pacificado (e ainda hoje não o é), de maneira que, ainda que se venha a pacificar o direito de livre escolha do transgênero, convém que seja feita uma cindibilidade dos efeitos jurídicos para fatos ocorridos antes dessa pacificação: defere-se a tutela específica (assegurar entrada do transgênero no banheiro de sua escolha), mas se nega a indenização por dano moral. Evidentemente, para fatos posteriores à pacificação, a indenização será devida por ter-se dissipado o cenário de dúvida jurídica razoável.

O STF[33] ainda está apreciando o mérito do direito do transgênero, assunto difícil, especialmente pelo fato de que, como hoje já se admite a mudança de sexo mediante mera pedido no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, soa sensível aceitar que o transgênero que não mudou seu registro civil (e, por consequência, seu documento de identidade) acesse banheiro de gênero diverso do constante de seus documentos oficiais. Seja como for, independentemente da decisão a ser proferida pelo STF, temos que a cindibilidade dos efeitos jurídicos é imperiosa por força do ambiente de dúvida jurídica razoável[34].

3. CONCLUSÃO

Este autor já tem alertado para a importância da maior exploração, pela doutrina e pela jurisprudência, da dúvida jurídica razoável como categoria jurídica essencial para assegurar o mínimo de estabilidade em meio ao movediço ambiente de "modernidade líquida" no Direito brasileiro.

As "regras do jogo" não são tão previsíveis, notadamente nos tempos modernos, marcado por um rosário de argumentações jurídicas que competem entre si sob o testemunho

---

[32] OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos* (Texto para Discussão nº 245). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas CONLEG/Senado, março, 2018-B. Disponível em: http://www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de março de 2018, pp. 19-20.

[33] Atualmente, julgamento está paralisado em razão de pedido de vista (STF, Recurso Extraordinário nº 845.779/SC).

[34] OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos* (Texto para Discussão nº 245). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas CONLEG/Senado, março, 2018-B. Disponível em: http://www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de março de 2018, pp. 17-19.

dos conceitos jurídicos abertos e do protagonismo dos princípios.

O Direito, por natureza, já é indeterminado, mas é inegável que essa característica tem sido amplificada por posturas de argumentação jurídica mais flexíveis.

Não importa aqui definir o acerto ou não dessas posturas ou se elas são ou não necessárias diante da complexidade da sociedade contemporânea[35]. O que interessa é que os juristas contemporâneos precisam atentar para a importância de utilizar a dúvida jurídica razoável como elemento de segurança jurídica para poupar os indivíduos de repreensões desproporcionais.

Nesse sentido, o julgado escolhido para análise neste texto bem como os demais julgados aqui arrolados demonstram bem que a dúvida jurídica razoável é idônea para permitir o que designamos de cindibilidade dos efeitos jurídicos, de modo a afastar ou, ao menos, atenuar indenizações ou deveres de restituição de ganho indevido.

A dúvida jurídica razoável também é idônea para repelir outros remédios a ilicitudes, como a invalidação e a tutela específica, embora seja mais difícil isso se caracterizar no caso concreto.

O julgado em pauta é um convite aos civilistas para aprofundarem os debates em torno da dúvida jurídica razoável.

REFERÊNCIAS

BIRKS, Peter. Rights, Wrongs, and Remedies. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 20, n. 1, pp. 1-37, 2000. Disponível em: https://academic.oup.com/ojls/article-abstract/20/1/1/1582765?redirectedFrom=fulltext. Acesso em: 20 fev. 2020.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Indeterminação do direito, discricionariedade judicial e segurança jurídica*. Disponível em: https://www.uniceub.br/media/491563/Anexo9.pdf. Acesso em: 24 fev. 2020.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *A Segurança Hermenêutica nos vários Ramos do Direito e nos Cartórios Extrajudiciais*: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas CONLEG/Senado, junho/2018. Publicado em março de 2018-A. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de março de 2018.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos* (Texto para Discussão nº 245). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas CONLEG/Senado, março, 2018-B. Disponível em: http://www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de março de 2018.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *A Lei da Liberdade Econômica*: diretrizes interpretativas da nova Lei e Análise detalhada das mudanças no Direito Civil e no Registros Públicos. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos_convidados. Acesso em: 20 fev. 2020.

[35] Sobre isso, há cadentes debates acadêmicos entre inúmeros juristas, com inclusão das ponderações sempre incisivos de: STRECK, Lênio. *Dicionário de Hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017; STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Competência para fiscalizar atividade jurídica de membros da advocacia pública federal*: TCU ou órgão correcional próprio. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/24056. Acesso em: 21 fev. 2020.

ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o *disgorgement*?. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, jan./abr. pp. 11-31, 2017. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5283/3367. Acesso em: 20 fev. 2020.

STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lênio. *Dicionário de Hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito das obrigações e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Recebido: 23.02.2020

Aprovado: 28.02.2020

Como citar: OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Dúvida jurídica razoável como excludente de responsabilidade civil, de enriquecimento sem causa e de outros remédios contra ilícitos civis: comentários a um julgado do STJ. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 3, n. 1, p. 1-19, jan./abr. 2020.