



# FAS@JUS

e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho, v. 3, n. 1 - 2013



ISSN 2179-8222

FACULDADES SANTO



FACULDADES  
SANTO AGOSTINHO

## Editor

Msc. Waldir de Pinho Veloso

## Conselho Editorial

Msc. Liz Helena Silveira do Amaral Rodrigues

Msc. Simone Rosiane Corrêa Araújo

Msc. Waldir de Pinho Veloso





e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

**Editor**

Waldir de Pinho Veloso

**Conselho Editorial**

Liz Helena Silveira do Amaral Rodrigues

Simone Rosiane Corrêa Araújo

Waldir de Pinho Veloso



**FACULDADES  
SANTO AGOSTINHO**

**FAS@JUS - e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho**

**Editor**

Waldir de Pinho Veloso

**Conselho Editorial**

Liz Helena Silveira do Amaral Rodrigues  
Simone Rosiane Corrêa Araújo  
Waldir de Pinho Veloso

**Correção Linguística**

Waldir de Pinho Veloso

**Editoração Gráfica**

Maria Rodrigues Mendes

**Capa**

Adriano Magno de Freitas  
Maria Rodrigues Mendes

---

FAS@JUS : e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho / Faculdade de Direito Santo Agostinho. – Vol. 3, n. 1, 2013 - . - Montes Claros, MG. Fundação Santo Agostinho, 2013-

v. : il. 21 x 29 cm.

Semestral  
ISSN 2179-8222

1. Direito. I. Faculdade de Direito Santo Agostinho. II. Título.

CDU: 34 (05)

---

Ficha catalográfica elaborada por Edmar dos Reis de Deus CRB6 2486.



## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
ENTREVISTA.....	11
<b>ARTIGOS DO CORPO DOCENTE</b>	
MEDIDAS CAUTELARES <i>EX OFFICIO</i> E O PRINCÍPIO DA DEMANDA Déborah Cordeiro Silva.....	17
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE TRATADOS E DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NA TU- TELA DE EMBRIÕES HUMANOS CRIOPRESERVADOS Liz Helena Silveira do Amaral Rodrigues.....	27
O DIREITO À MUDANÇA DE NOME PELO TRANSEXUAL COMO EFETIVAÇÃO DO PRIN- CÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA Silvana Maria de Carvalho Mendes.....	37
A SEGURANÇA DA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA EM FACE DA FRAGI- LIDADE DO CONTRATO Waldir de Pinho Veloso.....	45
<b>ARTIGOS DO CORPO DISCENTE</b>	
O DIREITO DE MUITAS CORES: Saruman e os objetivos dúplices do Direito Amanda Muniz Oliveira.....	59
O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: as principais inovações trazidas pela Lei 12.462/11 Ana Clara Caldeira Batista.....	71
<b>ARTIGOS DE EGRESSOS</b>	
DUPLA FILIAÇÃO PARTIDÁRIA: não-cancelamento de ambas as filiações e Súmula n.º 20 do TSE Leandro Mendes de Carvalho Leite.....	79
<b>AUTOR CONVIDADO</b>	
FAMÍLIAS Famblo Santos Costa.....	89
<b>RESENHA</b>	
RAMBO E MAYA: fantasia e realidade nas obras cinematográficas de Stallone e Bigelow Rodrigo Cavalheiro Rodrigues.....	105



## APRESENTAÇÃO

Consolidar é estar ao lado do sólido, do firme, do duradouro. Os Organizadores da Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Santo Agostinho sentem um incomensurável orgulho pela oportunidade de ver esse veículo jurídico consolidado, firme e dando continuidade à vida editorial para que ganhe o título de duradoura.

A vinda a lume de mais um volume e novo número da Revista Eletrônica Fas@Jus recebe a saudação em tom de alegria. Inclusive e especialmente, pelo valor individual dos textos científicos neste número publicados; e, em acréscimo, pelo grande número de pesquisas científicas transformadas em escritos por parte dos Professores da Faculdade de Direito Santo Agostinho. De fato, a Revista Eletrônica Fas@Jus se sente, no mínimo, sólida, férrea – não no sentido de difícil, mas na acepção da fortaleza, dotada de ares duradouro.

Este número se compõe de boa variedade de textos científicos.

A primeira parte da Revista é uma **Entrevista** com um Juiz de Direito que exerce a Direção do Foro da Comarca de Montes Claros e, por sinal, foi o idealizador, fundador e primeiro Editor da Revista Eletrônica Fas@Jus. Trata-se do Professor **Richardson Xavier Brant**. Ele fala do seu projeto de implantar em Montes Claros, até junho de 2013, o **Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania**. É, em princípio, uma determinação do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mas, a pretensão revelada pelo entrevistado Richardson Xavier Brant é dar início às atividades no prazo marcado pelo CNJ para os primeiros procedimentos para a instalação. O Centro reunirá juristas, Professores de Direito e profissionais operadores do Direito em busca de solução de conflitos que proporcione aos cidadãos atitudes satisfativas sem ter que recorrer ao Poder Judiciário. Um projeto arrojado e válido.

A seção destinada a conter a produção científica dos Professores do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA) está carregada. O primeiro artigo científico que faz parte do volume é de autoria da Professora **Déborah Cordeiro Silva**, que versa sobre o tema “**Medi-**

**das Cautelares ex officio e o Princípio da Demanda**”. Estuda o poder geral de cautela e as características e definições do princípio da demanda ou princípio dispositivo que norteiam a atuação do Juiz de Direito. Também analisa a possibilidade de, em nome e pela Justiça, poder ou dever o Magistrado atuar, cautelarmente, de ofício, por iniciativa própria, no desenvolvimento do processo judicial. E, cientificamente, demonstra que embora inicialmente deveria agir o Juiz apenas quando provocado, a iniciativa judicial encontra suporte legal no Código de Processo Civil como forma de prevenir o prolongamento do processo, resultar em controvérsias ou, mesmo, constituir omissão judicial. A estreia, em termos de publicação, da Professora na Revista mostra que, a cada dia, o corpo docente da Faculdade se encorpa em qualidade.

Outro artigo científico é da lavra da Professora **Liz Helena Silveira do Amaral Rodrigues**. A complexidade do tema minuciosamente analisado vem presente no próprio título: “**Breves Considerações sobre a Possibilidade de Utilização de Tratados e Documentos Internacionais de Proteção de Direitos Humanos na Tutela de Embriões Humanos Criopreservados**”. Vê-se, pois, que são letras que expõem sobre Direito Internacional, Direitos Humanos e Biodireito. Intertextualidade com a competência própria da pesquisadora percuciente e dedicada. O fito é analisar, cientificamente, se os instrumentos internacionais de proteção de Direitos Humanos podem ser utilizados também na proteção de embriões humanos, ainda que criopreservados e não-implantados. Para chegar ao objetivo, a autora busca por fundamentações teóricas em Tratados Internacionais de defesa e preservação dos Direitos Humanos, Coletivos e Difusos, e conclui que a utilização dessas fontes do Direito em favor da proteção do ser humano embrionário é muito mais do que juridicamente possível: é eticamente necessário, pois todas as fases da existência humana (incluindo a fase embrionária, como destaque, por ser o momento mais vulnerável e de declarada dependência de atitudes alheias), são credoras de proteção do Estado como emissor de normas jurídicas.



O Direito é mutável por natureza. Assim, temas inexistentes há poucas décadas se tornam centro de atenção dos pesquisadores. É o que acontece com as questões ligadas à dignidade da pessoa humana, constitucionalmente protegida, relacionadas ao direito das pessoas da escolha sexual, sem discriminação da lei e da sociedade. Para colocar a discussão dos fatos modernos à luz da legislação existente – muitas vezes, em passos atrás dos acontecimentos e da realidade ou necessidade de regramento – a Professora **Silvana Maria de Carvalho Mendes** cuidou de escrever um artigo científico sob o título **“O Direito à Mudança de nome pelo Transexual como Efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”**. Explicativo e didático a começar pelo título, o artigo se desenvolve mostrando uma pesquisa de campo que trata das dificuldades vividas pelas pessoas que, por se sentirem psicologicamente como se pertencessem a outro sexo que não o inicialmente observado pelo estilo físico, submetem-se à transgenitalização (mudança de sexo) e, mesmo após a cirurgia, continuam carregadas de dificuldades por continuarem com os nomes originais – e do sexo original. O estudo de caso analisa os padrões legais brasileiros e argentinos, com as dificuldades e vicissitudes de cada um deles.

Encerrando a seção destinada aos Docentes da Faculdade de Direito Santo Agostinho, o Professor **Waldir de Pinho Veloso** escreve sobre a **“A Segurança da Escritura Pública de Compra e Venda em face da Fragilidade do Contrato”**. Mostra, cientificamente, que um contrato particular de compra e venda de um imóvel vincula somente as pessoas, em vida, signatárias, enquanto a escritura pública definitiva, devidamente registrada no Serviço Registral, opera efeitos oponíveis *erga omnes*, produz segurança jurídica e evita até a configuração do crime de sonegação de tributos. Há uma análise sobre os argumentos de pessoas que não fazem a devida escritura pública de compra e venda dos imóveis que negociam e as consequências que acompanham essa decisão. E culmina demonstrando que, em comparando com o preço final de um imóvel, e levando-se em consideração a segurança que o registro imobiliário traz, uma escritura pública de compra e venda registrada tem um preço praticamente insignificante ou, no mínimo, altamente vantajoso.

A Revista Eletrônica *Fas@Jus* tem uma

seção destinada aos Acadêmicos da Faculdade de Direito Santo Agostinho. O Conselho Editorial escolheu dois artigos para compor a seção. E com qualidade. O primeiro deles é de autoria da Acadêmica **Amanda Muniz Oliveira** e versa sobre **“O Direito de Muitas Cores: Saruman e os objetivos dúplices do Direito”**. Mostra o texto que há leis que se apresentam como legitimadoras de verdadeiras injustiças, porque visam proteger objetivos não ligados à pacificação social. E, buscando unir o Direito e Literatura, a autora analisa o personagem Saruman, da obra de J. R. R. Tolkien (*“Senhor dos Anéis”*). Este personagem, fruto da ficção, diz que luta pela paz social, mas a realidade é que proporciona malefícios aos povos livres. Exatamente como as leis, que deveriam ser instrumento de boa convivência, e semeiam injustiças.

O outro artigo científico da seção dos Acadêmicos é de autoria de **Ana Clara Caldeira Batista**, que analisa a Lei que diferenciou a contratação de serviços e produtos, por parte da Administração Pública, se destinados às obras de construção e reforma de bens imóveis que tenham como objetivo proporcionar e efetivar a realização dos eventos esportivos denominados Copa das Confederações de Futebol (2013), Copa do Mundo de Futebol (2014) e Jogos Olímpicos e Jogos Paralímpicos (2016), sediados no Brasil. Sob o título **“O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: as principais inovações trazidas pela Lei 12.462/11”**, o material escrito aponta as vantagens do Regime Diferenciado de Contratações em comparação com a Lei Geral de Licitações, mas traz provas inequívocas de que há inconstitucionalidade formal ou de origem na elaboração da Lei 12.462 de 2011.

O fato de uma pessoa ter sido aluna da Faculdade de Direito Santo Agostinho faz com que tenha oportunidade de ver seus artigos científicos publicados na Revista Eletrônica *Fas@Jus* na seção dos Egressos. E esse espaço é, no presente número, muitíssimo bem ocupado pelo egresso Leandro Mendes de Carvalho Leite. Ele escreve sobre a questão da filiação partidária. Melhor ainda, a dupla filiação partidária e as consequências da falta de iniciativa da própria pessoa ou do partido político quanto à comunicação, à Justiça Eleitoral do desligamento de um partido político, antes que se inscreva como membro de outro partido político. O foco é sobre o que dispõe a Lei das



Eleições e a sua aplicação prática, cujas reiteradas decisões resultaram na edição da Súmula 20 do Tribunal Superior Eleitoral. Por tudo o exposto, o título do artigo científico é “**Dupla Filiação Partidária: não-cancelamento de ambas as filiações e Súmula n.º 20 do TSE**”.

A ocupação da seção “Autor Convidado” foi motivo de decisão colegiada do Conselho Editorial e dos Organizadores da Revista. O autor, **Famblo Santos Costa**, foi Professor da Faculdade de Direito Santo Agostinho desde o primeiro dia de aulas, em março de 2002, até o fim de dezembro de 2012. Foi, também, Coordenador do Curso de Direito. Aprovado no Concurso Público, passou a ocupar a função de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Poderia o seu artigo científico, destarte, figurar na seção dos Docentes da Faculdade. Mas, a condição de ter sido convidado a escrever linhas especiais para a Revista Fas@Jus fez com que estivesse, isoladamente para maior destaque, na seção “Autor Convidado”. O Professor Famblo Santos Costa, no texto denominado “**Famílias**”, aborda as diversas formas que a Constituição, o Código Civil e o Direito oriundo das decisões monocráticas ou colegiadas dos membros do Poder Judiciário têm como sendo as famílias brasileiras.

A última seção da Revista é ocupada pelo Professor da Faculdade de Direito Santo Agostinho, **Rodrigo Cavalheiro Rodrigues**. O escritor faz uma resenha de dois filmes (*Rambo III* e *A Hora mais Escura*) com demonstração de como os argumentos e enredos passeiam pela seara do Direito Internacional. Faz, é óbvio, uma crítica (não no sentido de menosprezo, mas na acepção de válida análise) dos próprios filmes, mas o objetivo é mostrar que as histórias de ambos os filmes se desenvolvem com os personagens saindo de um Estado (país) e, em território de outro Estado, agem como se tivessem lá jurisdição ou, mais ainda, com nítida interferência na autonomia, na soberania, na independência e na autodeterminação dos povos do lugar.

Com o nascer de mais um número, a Revista Eletrônica Fas@Jus quer destacar a pretensão de se tornar fonte de permanentes estudos e consultas por parte do mundo acadêmico e científico. Com a lembrança de que a publicação é o alimento maior do cientista. E a Revista Eletrônica Fas@Jus é, indubitavelmente, um conjunto de cientistas.

*Os Organizadores*



## ENTREVISTA

## MEDIAÇÃO E NEGOCIAÇÃO COMO MÉTODOS DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS

*Entrevistado: Juiz Richardson Xavier Brant<sup>1</sup>*

A Revista Eletrônica *Fas@Jus* foi idealizada pelo Professor Richardson Xavier Brant. Foi ele o Editor dos volumes e números anteriores.

Além de Professor Universitário, Richardson Xavier Brant é Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Também é Juiz Eleitoral. Como Juiz de Direito, exerce cumulativamente a Direção do Foro Eleitoral e a Direção do Foro (da Justiça comum) de Montes Claros, Minas Gerais.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125, que determinava que o Poder Judiciário deveria criar comissões de conciliação prévia ou de mediação de conflitos.

Os objetivos seriam desacomular ações judiciais no âmbito do Poder Judiciário e, por buscar a solução dos conflitos por meio de entendimento entre as partes pré-litigantes, ofertar maior satisfação às pessoas, quanto ao alcance das pretensões antes de necessitar de recorrer à Justiça.

Em janeiro de 2013, o mesmo Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução número 01/2013 fazendo uma emenda à Resolução 125/2010 e, assim, acelerou o processo de criação de mecanismos para obter soluções extrajudiciais para resolver os conflitos antes mesmo que eles cheguem às salas de audiências dos Fóruns.

Como Diretor do Foro da Comarca de Montes Claros, o Juiz de Direito Richardson Xavier Brant está envolvido na criação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania. Ele concedeu entrevista à Revista Eletrônica *Fas@Jus* sobre o tema.

**Fas@Jus.** A conciliação e a mediação como formas de composição de conflitos não constituem novidade. Existem, no Brasil, desde a época da primeira Constituição em 1824. Qual são as novidades na iniciativa do Conselho Nacional de Justiça?

**Juiz Richardson Brant.** *É certo que existe há muito tempo a composição alternativa de conflitos por meio da conciliação e mediação, desde a primeira Constituição Imperial de 1824 que, inspirada no Código de Processo Civil francês, estabeleceu nos artigos 161 e 162, a conciliação como condição de procedibilidade dos processos no âmbito civil.*

*A principal e talvez mais importante inovação é a definição, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de uma política pública que seja estabelecida em parâmetros específicos para que o Judiciário possa, em conformidade com a peculiaridade e características de cada*

*caso de conflito, oferecer ao jurisdicionado/cidadão o direito a uma solução adequada.*

*A mediação e a conciliação aparecem como formas alternativas de solução de conflitos de interesses. É uma forma diferente da clássica solução pelo Judiciário, porque não há imposição de uma decisão tomada pelo Juiz, quase sempre em substituição à vontade e inteligência das partes, por uma solução construída consensualmente, pelas próprias partes.*

“ A mediação e a conciliação aparecem como formas alternativas de solução de conflitos de interesses... ”

<sup>1</sup> Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Diretor do Foro da Comarca de Montes Claros. Juiz Eleitoral e Diretor do Foro Eleitoral da Comarca de Montes Claros. Mestre em Direito e Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros. Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires. Professor Universitário. Idealizador, criador e primeiro Editor da Revista Eletrônica *Fas@Jus*.

**Fas@Jus.** Quais os critérios que orientam a implantação dessa política pública de tratamento dos conflitos de interesses, que têm por tendência principal assegurar a todos o direito à solução dos conflitos de forma adequada?

**Juiz Richardson Brant.** *Há determinação de que a implementação dessa política judiciária de caráter nacional, ofereça serviços de qualidade, e tenha como objetivos a disseminação da cultura de pacificação social e crie, também, uma base de formação cidadã.*

*Para isso, na Resolução n.º 125/2010, do CNJ, há previsão de centralização das estruturas judiciárias, com adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, além de acompanhamento estatístico específico.*

*A parceria com entidades públicas e privadas favorecerá uma conjunção de esforços na implantação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Os principais litigantes poderão auxiliar na estruturação dos Centros e isso significará, em médio prazo, economia nas caras estruturas jurídicas que devem manter para as demandas judiciais que enfrentam.*

**Fas@Jus.** Quais as matérias podem ser resolvidas no âmbito do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania?

**Juiz Richardson Brant.** *A princípio, quaisquer matérias poderão ser encaminhadas ao Centro para tentativa de mediação e conciliação. Há previsão de que funcionem setores de solução pré-processual, de solução processual e o setor de cidadania.*

*Os conflitos na área cível, sobretudo aqueles que tratam de interesses patrimoniais disponíveis, parecem ser os que mais demandarão os Centros. Conflitos envolvendo instituições bancárias, empresas de telefonia e litígios na área de consumo. Mas, nada impede que questões ligadas à prestação de serviços públicos, a tributos municipais e estaduais, e até conflitos na área penal, respeitadas os princípios de Justiça restaurativa previstos na Resolução n.º 2002/12, do Conselho Econômico e Social, da Organização das Nações Unidas.*

**Fas@Jus.** Quais são as principais dificuldades na implementação dos Centros Judiciários nas comarcas do Estado de Minas Gerais?

**Juiz Richardson Brant.** *A principal dificuldade, com certeza, é a limitação orçamentária enfrentada pelo TJMG. A Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n.º 101/2000) previu o orçamento de apenas 6% (seis por cento) com teto para participação do Poder Judiciário. Como o Judiciário, em Minas Gerais, tem 295 Comarcas, um corpo imenso de servidores, a restrição orçamentária tem dificultado, em muito, o atendimento à demanda de ampliação do número de servidores e a dotação adequada de estrutura física e de informática que se faz necessária.*

*Os Mediadores deverão ser pessoas qualificadas, com perfil adequado, e devem passar por treinamento específico, com formação continuada e aperfeiçoamento permanente, por meio de cursos teóricos e práticos. Os usuários farão avaliação da atuação de cada Mediador e Conciliador, com vistas à melhoria e constante prática reflexiva.*

*Outro aspecto importante é a resistência que se encontra entre os próprios juízes e servidores do Judiciário com a atuação do CNJ. São postas muitas metas e controles sem a correspondente dotação de recursos necessários ao desenvolvimento dessas atividades. Por isso, esse trabalho inicial é de convencimento do alcance e resultados frutíferos que podem ser obtidos com a implantação dos Centros.*

**Fas@Jus.** Levando-se em consideração que esta pergunta está sendo feita nos primeiros dias do mês de maio de 2013, quais são as principais iniciativas para implantação do curso em Montes Claros?

**Juiz Richardson Brant.** *A primeira iniciativa importante foi trazer o primeiro curso de formação que está sendo ministrado neste mês de maio, no período de 6 a 10 de maio de 2013. Vinte e seis pessoas, entre servidores do Judiciário e voluntários, participam do primeiro curso. Ainda no mês de junho, período provável de 3 a 7 de junho, será realizado outro curso de formação, este com pessoas voluntárias que*

*queiram participar como Mediadores e Conciliadores.*

*A busca de parcerias é outra iniciativa importante. O Município de Montes Claros já disponibilizou local de funcionamento, em prédio bem situado, e que atenderá à demanda inicial. O esforço seguinte volta-se à reforma do prédio e adequação à estrutura física necessária.*

*A parceria com as Faculdades de Montes Claros, principalmente com as Faculdades de Direito, mostra-se alvissareira. A cessão de Professores especializados e de universitários para trabalharem como voluntários é um passo decisivo. A proposta é o desenvolvimento de pesquisas científicas que identifiquem a origem do conflito, e que medidas, no plano nacional, podem ser encaminhadas para redução de con-*

*flitos e solução coletiva.*

*Estamos contando com profissionais titulares dos Serviços Notariais e de Registro para funcionarem como Mediadores. A par da comprovada qualificação desses profissionais, pois selecionados em rigoroso concurso público de ingresso, já desenvolvem em sua atividade encaminhamento de soluções para questões jurídicas que lhes são apresentadas, garantindo a segurança dos negócios. Acredito que será uma valiosa aquisição para a boa qualidade dos serviços que serão ofertados ao cidadão nos Centros. Afinal, o destinatário de todo serviço público há de ser o cidadão soberano, que agora é chamado à cidadania ativa, buscando por iniciativa e inteligência própria seus conflitos.*



***ARTIGOS DO  
CORPO DOCENTE***

---





## MEDIDAS CAUTELARES *EX OFFICIO* E O PRINCÍPIO DA DEMANDA

Déborah Cordeiro Silva<sup>1</sup>

### RESUMO

Avaliou-se a possibilidade de deferimento de medidas cautelares de ofício pelo Magistrado em consonância com o princípio da demanda. Para tanto, como objetivos específicos, foram estudados os desdobramentos do poder geral de cautela, seus delineamentos legais e doutrinários; as características e definições do princípio da demanda, também entendido como princípio dispositivo e, finalmente, verificada a coexistência harmônica entre a atuação cautelar de ofício do Magistrado e o princípio em estudo, desde que incidentalmente, seja o processo de conhecimento ou de execução. Considerando o tratamento legal do princípio da demanda, artigos 2.º, 128 e 460 do Código de Processo Civil, bem como o entendimento doutrinário acerca da extensão do poder geral cautelar do Magistrado, questionou-se a legalidade e discricionariedade do ato do Juiz que determina providências cautelares *ex officio*, deflagrando ofensa ao citado princípio. Concluiu-se que em razão da existência de interesse estatal na efetividade dos provimentos jurisdicionais, bem como diante do imperativo de prestação da tutela jurisdicional adequada, ocorre a mitigação do princípio da demanda de forma a autorizar ao Magistrado a concessão de medidas cautelares por impulso oficial, destaque-se, incidentalmente. Não obstante essa tutela cautelar de ofício revele um poder amplo concentrado nas mãos do Juiz, a discricionariedade aqui verificada é mínima e sucumbe diante do imperativo de resguardo dos provimentos jurisdicionais; afinal, ao acionar o Judiciário, as partes estão interessadas no resultado material final da decisão, o que vai ao encontro da atuação acautelatória do juiz. Foram utilizados os métodos de abordagem hipotético-dedutivo e de procedimento monográfico.

**Palavras-chave:** Poder geral de cautela. Juiz. Medida cautelar. Concessão *ex officio*. Princípio da demanda/dispositivo. Harmonia.

### ABSTRACT

We evaluated the possibility of granting of precautionary measures *ex officio* by the judge in line with the principle of demand. For this purpose, specific objectives, we studied the consequences of the general power of caution, their legal and doctrinal designs, features and definitions of the principle of demand, also understood as a principle device, and finally found a harmonious coexistence between the work of interim office of the magistrate and the principle under consideration, from which incidentally, is the process of knowledge or performance. Considering the legal treatment of the principle of demand, Articles 2, 128 and 460 of the Code of Civil Procedure, as well as the understanding of doctrine about the extent of the general power injunction the magistrate questioned the legality and discretion of the act of a judge who determines action precautionary measures *ex officio*, sparking the offense mentioned principle. It was concluded that due to the existence of state interest in judicial effectiveness of appointments, as well as on the need for provision of adequate legal protection, mitigation is the principle of demand in order to permit the magistrate to grant precautionary measures impulse official, stand out, incidentally. Despite this pre-trial custody letter reveals an ample power concentrated in the hands of the judge the discretion found here is minimal and succumbs the imperative of judicial safeguarding of appointments, after all, to trigger the judiciary, the parties are interested in the outcome of the final material decision, which meets the precautionary action the judge. The methods used were hypothetical-deductive approach and procedure monograph.

**Keywords:** General power of caution. Judge. Precautionary measure. Granting *ex officio*. Demand principle/device. Harmony.

<sup>1</sup> Professora do Curso de Direito, da Faculdade de Direito Santo Agostinho – Montes Claros/MG.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende demonstrar que a concessão de medidas cautelares *ex officio* pelo Magistrado, no exercício do poder geral de cautela, encontra espaço diante do princípio da demanda, expressamente protegido no Código de Processo Civil. Que, ao determinar providência assecuratória independentemente de requerimento das partes, a atuação do Juiz, apesar de guardar certa discricionariedade, tem por escopo a defesa do império da ordem jurídica, interesse do Estado capaz de suplantare interesses particulares. Trata-se de hipótese de mitigação do princípio da demanda, pois inútil assegurar às partes a provocação do judiciário para tutela de suas pretensões, fixando os limites da lide, se o provimento jurisdicional poderá não encontrar efetividade. Assim, uma vez instaurado processo cognitivo ou executivo, razoável a extensão do poder geral cautelar à hipótese de deferimento incidental de ofício das medidas cautelares que o juiz entender necessárias, sem que isso represente parcialidade.

A discussão do tema é fundamental para demonstrar que todas as regras e princípios do ordenamento estão sistematizadas de maneira a cumprir um único desiderato: a efetiva prestação da tutela jurisdicional justa e garantidora de direitos, como idealizou o legislador constituinte no artigo 5.º, inciso XXXIV, da Constituição Federal/1988. Qualquer interpretação no sentido de se priorizar um ou outro instituto/princípio deve ser feita com vistas a buscar o atingimento dessa finalidade. Destarte, ao ceder espaço ao poder geral de cautela, o princípio da demanda não resta violado, apenas é coadjuvante na implementação de ideais superiores, quais sejam a proteção do resultado útil do provimento jurisdicional e a defesa do interesse das partes e do Estado a que se chegue a uma sentença passível de cumprimento. A relevância da discussão consiste em reafirmar que, conquanto inicialmente se questione da existência de discricionariedade, a atuação cautelar de ofício serve aos anseios das partes, garantindo a prestação jurisdicional adequada. A resposta dada se presta a sanar dúvidas acerca da abrangência do texto legal e de conflitos principiológicos, permitindo melhor operacionalização do Direito.

## 2 O PODER GERAL DE CAUTELA

Inerente à atividade jurisdicional, o poder geral de cautela foi sistematizado na Lei 5.869/73 (Código

de Processo Civil), principalmente, em seus artigos 797, 798, 799 e 804. Extrai-se de tais normas a existência de um poder-dever conferido ao Magistrado para garantia da eficácia da prestação jurisdicional, como decorrência do artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal (CF/88).

Desta forma, poderá o Juiz determinar medidas cautelares típicas e atípicas, uma vez presentes os pressupostos inerentes às cautelares, para garantir a efetiva tutela jurisdicional, podendo “autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.” (CPC, art. 799).

Ensina Bueno (2009, p. 181-183):

O chamado “poder geral de cautela” previsto no art. 798 deve ser entendido, para todos os fins, como um autêntico “dever-poder” [...].

“Dever” no sentido de que a tutela (proteção) de uma dada situação que seja apresentada ao magistrado é, para ele, impositiva. [...]

“Poder” no sentido de que, para o atingimento da finalidade destacada pelo parágrafo anterior, o magistrado lançará mão dos mecanismos que, consonantes com o ‘modelo constitucional do direito processual civil’, mostrem-se aptos suficientemente para garantir o resultado pretendido.

A impossibilidade de o legislador prever todas as situações de perigo que ensejariam o ajuizamento de uma ação cautelar fez com que ele inserisse no Código de Processo Civil (CPC) uma cláusula aberta, conferindo ao Juiz o poder de determinar providências assecuratórias não discriminadas na lei. Ao fazê-lo, o Magistrado atua na defesa do império da ordem jurídica. Isto porque, preocupado com a efetividade da sentença que cuidará do direito material discutido.

Acerca do interesse do Estado na eficácia da prestação jurisdicional, o que justifica a amplitude do poder geral de cautela, ensina Theodoro Júnior (2005, p. 41-92):

As medidas cautelares servem, na verdade, ao processo e não ao direito da parte. Visam a eficiência e utilidade ao instrumento que o Estado engendrou para solucionar os conflitos de interesse entre os cidadãos. Esse interesse estatal na manutenção da eficiência do instrumento através do qual se exerce o monopólio da justi-

ça, esse interesse é o tutelado pelo processo cautelar.

[...]

Urge, na verdade, reconhecer que sendo o processo uma relação tri-lateral, nela atuam e se realizam interesses tanto das partes, como do Estado-juiz, que também é sujeito processual. Enquanto o interesse da parte cinge-se à tutela de seu direito subjetivo, o do Estado refere-se à manutenção do império da ordem jurídica. Como sujeito processual, o órgão judicial tem direitos e poderes processuais, que podem ser lesados ou postos em risco pela desídia ou má-fé da parte.

Essa defesa da ordem jurídica, interesse do Estado na eficiência dos provimentos jurisdicionais, também se lastreia no artigo 125 do CPC, o qual, inaugurando a seção dos poderes, deveres e responsabilidade do Juiz, dispõe que na direção do processo compete ao Magistrado velar pela rápida solução do litígio, assegurar igualdade de tratamento aos litigantes, bem como a prevenção e repressão de atos contrários à dignidade da Justiça.

De se ver que ao Magistrado foram atribuídos deveres na defesa da prestação jurisdicional e do poder de império do Estado. Para tanto, a lei lhe disponibilizou um poder amplo, por vezes até causador de dissensos doutrinários no que tange a tal amplitude, que trouxe ao Juiz a segurança e autoridade necessárias à adequada supervisão e direção do processo: o poder cautelar geral.

Contrassenso seria se o Estado substituísse os particulares na resolução de conflitos, pondo fim à autotutela, e entregasse o resultado aos interessados tardiamente, sem disponibilizar às partes e ao Juiz instrumentos capazes de minimizar os efeitos da morosidade da Justiça. Destarte, compreensível a abrangência do poder cautelar genérico, podendo até se falar que ele serve não só ao Juiz, mas, principalmente, às partes, diante da possibilidade de requerer medidas cautelares atípicas. Ora, se são as partes/interessados quem experimentam uma gama de dissabores advindos da demora da prestação jurisdicional, ou mesmo de alterações na realidade fática, são elas, por vezes, os sujeitos processuais mais aptos a pensar que tipo de tutela seria capaz de assegurar o direito discutido. É o que acontece nas cautelares inominadas.

Tendo em vista a redação do art. 797 do CPC, segundo o qual “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.”,

passou-se a entender que o poder geral de cautela também abrange a possibilidade de o Juiz conceder medidas cautelares de ofício. Assim, poderá o Juiz determinar providências assecuratórias ainda que as partes não o tenham requerido.

Leciona Friede (1998, p. 401-402):

Nessas circunstâncias, o legislador entendeu por bem autorizar o julgador a prover, mediante expresso requerimento da parte interessada, medidas cautelares atípicas ou inominadas (art. 798 do CPC), por força do que passou a ser convencionalmente chamado de poder cautelar geral do magistrado.

[...] alguns autores, [...] iniciaram, no passado relativamente recente, uma grande controvérsia doutrinária ao admitir, em favor da plena efetividade do provimento jurisdicional cognitivo, a concessão ex-offício (e, portanto, sem a devida provocação da parte interessada, em flagrante excepcionalidade em relação à regra prevista no art. 2.º do CPC) da providência cautelar concretizada por intermédio de medida cautelar nominada ou mesmo inominada reputada necessária pelo próprio juiz, no propósito de assegurar a completa inteireza do pronunciamento meritório final (expressamente indicada pela parte autora) e, em consequência, a imprescindível credibilidade do Poder Judiciário.

Como se observa, dizer que o Juiz brasileiro é investido de um poder geral de cautela significa conferir ao Magistrado poder de determinar medidas cautelares inominadas – isto é, não previstas pelo legislador; medidas em caráter “inaudita altera parte” (alguns autores utilizam a expressão “inaudita altera pars”) – ou seja, sem ouvir a parte contrária, medida cautelar diversa daquela pedida pela parte; além da possibilidade de o Juiz conceder medidas cautelares de ofício.

A concessão, de ofício, de medidas assecuratórias traz ínsito um aspecto de discricionariedade do poder cautelar geral. Trata-se de uma norma em branco que, no Estado Democrático de Direito, atribui ao Juiz um poder de visualizar uma situação de risco e por si próprio determinar medidas acautelatórias. Assim, entendendo pela pertinência e tempestividade de certa providência e antevedendo o perigo, terá à sua disposição um instrumento que lhe permite criar, inovar e ordenar. Macedo (1999) aduz:

Esse poder deferido ao Juiz, de poder deferir qualquer medida acautelatória, tendo em vis-

ta a situação de cada caso, é um poder essencialmente discricionário, considerando a oportunidade e a conveniência de sua adoção, é denominado pela doutrina como Poder Geral de Cautela do Juiz.

Diante da abertura conferida pelo poder geral de cautela, destaca-se a possibilidade de concessão de cautelares *ex officio*. Pode-se afirmar que o Juiz tem uma atuação discricionária posto que, julgando conveniência e oportunidade e diante do silêncio da lei para certa situação, poderá escolher a providência assecuratória que considerar mais adequada, independente de requerimento da parte. Já que o Estado possui o monopólio da Justiça, deve disponibilizar ao julgador as ferramentas necessárias para manter a eficiência de atividade jurisdicional.

Não se defende, aqui, que o poder geral de cautela, bem como as cautelares inominadas e aquelas concedidas *ex officio*, não sofrem limites, haja vista que os primeiros limites à atuação e deferimento são a verificação dos requisitos inerentes às cautelares, *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

Delgado (2006, p. 15-16) destaca:

- h) O Poder geral de cautela do juiz sofre os seguintes limites:
  - h.1) aplica o direito positivo;
  - h.2) não pode conceder medidas satisfativas;
  - h.3) não pode conceder medidas que sejam criadoras de situação de fato, que se procura no processo principal;
  - h.4) não pode conceder medida inominada, quando existe uma medida típica para a situação;
  - h.5) não pode conceder medida cuja obrigação seja infungível, que somente a parte pode cumpri-la;
  - h.6) não pode atingir com a medida terceiros que não são partes na lide [...].

Como se observa, principalmente, a concessão de cautelares de ofício submetem-se a limites. Apesar da amplitude do poder geral de cautela, seu exercício é discricionário; não, arbitrário. Desta feita, ao deferir uma providência assecuratória sem que as partes tenham requerido, mais do que nunca deverá o Magistrado pautar sua atuação nos limites supracitados. Disto surge a reflexão: o deferimento de medida cautelar de ofício, fere o princípio da demanda, também nominado princípio dispositivo, consagrado no artigo 2.º do CPC? Para

se chegar a uma resposta cientificamente aceitável, necessário pontuar os principais delineamentos e consequências do referido princípio.

### 3 PRINCÍPIO DA DEMANDA OU DISPOSITIVO

Apesar de alguns doutrinadores que diferenciarem o “princípio da demanda” do “princípio do dispositivo”, grande parte da doutrina os utiliza como expressões sinônimas. A par de possíveis distinções, utilizar-se-á aqui como equivalentes. Insculpido no CPC, o princípio da demanda encontra destaque nos artigos 2.º, 128 e 460, veja-se:

**Art. 2.º** Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

[...]

**Art. 128.** O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

[...]

**Art. 460.** É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Via de regra, a iniciativa de instauração do processo é das partes, vez que o Poder Judiciário é inerte; o Juiz não age de ofício no que concerne à instauração do processo. Cabe à parte provocar a jurisdição, por meio do direito de ação, bem como indicar qual o pedido e quais são seus fundamentos, não podendo o Juiz ultrapassar os limites em que a lide foi proposta. Ajuizada a ação, cabe ao Juiz, por impulso oficial, determinar os atos pendentes do processo até o seu fim.

Acerca da abrangência do princípio dispositivo, Shimura (1990, p. 36) pondera:

**O princípio da demanda é entendido por alguns com princípio dispositivo.** E, de todo modo, tem-se o seguinte: a) o autor é que fixa a lide e o réu, por sua vez, levanta as questões controvertidas; b) a este delineamento bilateral fica o juiz vinculado (ne eat iudex ultra petita partium; sententia debet esse conformis libelo), pois deverá conceder ou não ao autor o que solicitou, como



ainda solucionar as questões trazidas pelo réu ao processo, em função do bem jurídico pedido pelo autor, o que, todavia, não o inibe de formular, ele próprio, as suas questões – dentro do âmbito estrito da lide; c) o juiz, ademais, deverá julgar, com apoio não só nas alegações das partes, como também na prova trazida aos autos (*secundum allegata et probata actore non probate réus absolvitur*). (grifo nosso)

É prerrogativa das partes a provocação do Judiciário, deduzindo suas pretensões, produzindo as provas necessárias e limitando a atuação do Estado-juiz. Decorrente da iniciativa das partes, surge para o Juiz um poder-dever de atuar no processo na busca da decisão mais correta e justa, restringindo-se às alegações das partes e à prova produzida nos autos.

Ensina Silva (2001, p. 61-62):

[...] de um modo geral, não se faz distinção entre o princípio dispositivo e o chamado princípio de demanda... O princípio da demanda refere-se ao alcance da própria atividade jurisdicional, baseando-se no pressuposto da disponibilidade do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou deixará de exercê-lo. A compulsoriedade de exercício de uma faculdade legal ou de um direito subjetivo contradiz o próprio conceito de direito. Ninguém pode ser obrigado a exercer os direitos que porventura lhe caibam, assim como ninguém deve ser compelido, contra a própria vontade, a defendê-los em juízo. Desse pressuposto decorre o princípio de que nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais, inscrito no art. 2º do CPC. Se alguém, sendo credor de cem, pede que o juiz condene seu devedor a pagar-lhe apenas oitenta, por mais convencido que o magistrado esteja de que o autor realmente deveria receber os cem de que era credor, nunca poderá condenar o réu a pagar-lhe mais do que os oitenta pedidos na ação.

Como se observa, a prestação jurisdicional se edifica nos limites postos pelas partes à lide e o Juiz deve se ater ao pedido, não podendo extrapolar o objeto tanto quantitativa quanto qualitativamente.

Qualquer que seja a nomenclatura dada ao princípio, fato é que ele se consolida como garantia de neutralidade do Magistrado, ao qual é vedado emitir qualquer provimento sem que as partes tenham tido iniciativa.

Ainda que veja situação de prejuízo para uma das partes, o Juiz não poderá se manifestar no sentido de prover ou declarar o que não foi requerido. Daí decorrem outros princípios como o da imparcialidade, do impulso oficial, da ação, dentre outros.

Já decidiu o TJMG:

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR. ART. 615, III DO CPC. DECISÃO *EXTRA PETITA*. NULIDADE. RECURSO PROVIDO. 1) Consoante o disposto no artigo 615, III do CPC, o exequente pode postular medidas acautelatórias urgentes, devendo alegar e provar a verossimilhança de suas alegações e a urgência na concessão da tutela jurisdicional. 2) **É vedado ao magistrado decidir a lide fora dos limites em que foi proposta, não podendo conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte, sob pena de violação do artigo 128 do Código de Processo Civil.** (AP 0443472-66.2011.8.13.0000. Relator: Des. Marcos Lincoln. Julgamento: 16/11/2011. Publicação: 30/11/2011). (grifo nosso)

Da análise da sistemática processual civil hodierna, verifica-se que o princípio em estudo tem sido relativizado por regras processuais, como a possibilidade de reconhecimento da prescrição de ofício pelo Juiz (art. 219, § 5.º, CPC), de declaração de ofício de incompetência absoluta (art. 113, CPC), dentre outros. Essa mitigação, todavia, não se revela ofensiva a direito das partes, posto que não significa parcialidade do Juiz, mas tão somente a prática de atos em defesa de interesse público que, como se sabe, suplanta aos anseios particulares.

#### **4 A CONCESSÃO DE CAUTELAR DE OFÍCIO E O PRINCÍPIO DA DEMANDA: POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA**

Conforme ventilado anteriormente, a interpretação doutrinário-jurisprudencial dos artigos do CPC que consubstanciam o poder geral de cautela (notadamente, o artigo 797) revela a possibilidade de deferimento de cautelares *ex officio* pelo Magistrado. Diante de todo o arcabouço teórico já levantado, tanto no que tange ao poder geral de cautela quanto ao princípio da demanda/dispositivo, o que agora se põe em questão é se o ato do Magistrado que defere medida cautelar de ofício representa ofensa ao princípio da demanda/dispositivo.

Se, neste caso, a discricionariedade do Juiz traduz parcialidade, de maneira a movimentar a máquina judiciária ao arpejo do princípio em estudo.

Sobre o tema, Nery Júnior (1988) destaca a existência de três correntes doutrinárias. A primeira que sustenta a proibição ao magistrado de conceder cautelares *ex officio*, podendo fazê-lo somente se houver expressa autorização legal para tanto (conforme se extrai do artigo 797 do CPC). A segunda corrente admite a concessão irrestrita de cautelares de ofício, argumentando que o artigo 797 do CPC não veda essa interpretação, cujo âmbito deve ser ampliado. Por sua vez, a terceira corrente admite que o Magistrado determine, de ofício, providência cautelar; desde que se trate de medida incidente.

É certo que, em razão da necessidade de se garantir efetividade aos provimentos jurisdicionais, não se pode exigir neutralidade do Juiz. Deve a sua atuação ser imparcial, posto que seja impossível exigir de qualquer ser humano a neutralidade, vez que ao homem é inerente o juízo de valor. Assim, a legislação, a doutrina e a sociedade almejam a existência de juízes que, na direção do processo, tenham a clareza e distanciamento necessários à determinação de medidas que favoreçam o andamento justo e adequado do feito, sem ônus ou bônus a qualquer das partes, advindos de atos parciais do Magistrado. Este deve buscar o equilíbrio: nem mero espectador no processo, de forma a permitir a realização do direito do mais forte, nem grande ator, violando direitos e princípios, e defendendo posturas inerentes ao ativismo judicial. Deve, sim, almejar e viabilizar uma prestação jurisdicional célere, mas não menos efetiva e garantidora de direitos.

Destarte, mais adequado defender a possibilidade da concessão de cautelares de ofício, desde que incidentais. Foge à lógica dos princípios e regras processuais o entendimento de que ao Magistrado seria possível irrestritamente conceder cautelares de ofício, iniciando um processo cautelar, visando à salvaguarda de direito material. Tampouco parece razoável negar de maneira veemente essa faceta ao poder geral de cautela, advogando-se a tese da vedação absoluta ao deferimento *ex officio*, haja vista a existência de interesse público, estatal, na efetividade dos provimentos jurisdicionais.

Nesse sentido, Nery Júnior (1988, p. 18):

A nosso juízo está correto este posicionamento, porquanto deve haver harmo-

nia entre os artigos 2º, 797, 798 e 799, do Código de Processo Civil, no sentido de ser respeitado o princípio da demanda. Uma vez já provocada a atividade jurisdicional com o ajuizamento da ação, no curso do processo poderá o juiz, *ex officio*, determinar medidas cautelares para assegurar a efetiva realização do processo de conhecimento ou de execução. O que não se nos afigura razoável é dar-se ao juiz o poder de, independentemente de requerimento da parte ou do ajuizamento de ação, iniciar a prestação da atividade jurisdicional, com a concessão de providência cautelar.

Se já provocada a jurisdição por meio do ajuizamento de ação, visualizando o Juiz uma situação de perigo à efetividade da tutela jurisdicional quanto ao direito material discutido, poderá deferir medidas cautelares de ofício, acobertado pelo poder geral de cautela. O que feriria gravemente o princípio da demanda e, ainda, o dever do Juiz de tratar as partes com igualdade, seria a iniciativa do Magistrado em conceder providência cautelar antes do ajuizamento da ação. Vislumbra-se aqui o interesse do Estado em assegurar a utilidade da tutela principal, o que permite concluir pela coexistência harmônica entre o princípio da demanda/dispositivo e a concessão de medida cautelar *ex officio*.

No mesmo sentido, a lição de Marinoni e Arenhart (2005, p. 57):

O entendimento contrário, no sentido de que o juiz somente poderia determinar medida cautelar de ofício nos casos expressamente previstos em lei, sendo que estes estariam previstos em lei porque excepcionais, não pode ser aceito, pois não há razão alguma para o legislador redigir um artigo para dizer que o juiz pode fazer alguma coisa que já lhe está autorizada pela lei. O artigo 797, em outras palavras, permite que o juiz aja de ofício, determinando medida cautelar, diante de qualquer caso excepcional, até porque, se o caso é realmente excepcional, não pode ser abstratamente formulado e previsto pelo legislador.

Como já se destacou, é impossível ao legislador prever todas as situações fáticas que ensejariam a necessidade de provimento cautelar. Por essa razão, possibilitou ao Juiz a concessão de medidas atípicas ou inominadas, mesmo sem que as partes o requeiram. Se se entende pela possibilidade de concessão de cautelares de ofício apenas nos casos expressamente autorizados por lei, defende-se a existência de letras inúteis no CPC.



Consoante destacou o autor supracitado, o artigo 797 estaria autorizando o Juiz a fazer algo que lei especial já autorizara. Flagrante contrassenso.

Não se questiona a submissão do processo cautelar ao princípio da demanda/dispositivo, porquanto se defende ser vedado ao Juiz, conhecendo de ação principal, iniciar procedimento cautelar para assegurar a eficácia de futura sentença. Nesta situação sim, absurda a violação aos princípios constitucionais e legais, como da inércia, da demanda, da igualdade de partes, da imparcialidade.

Outro assunto é a concessão de medida cautelar incidente, isto é, no bojo do processo principal, em que, verificando a necessidade e adequação (além dos requisitos das medidas cautelares), o magistrado se antecipa na defesa de interesse superior, qual seja, a salvaguarda da futura sentença de mérito. Nesta hipótese, perfeita coexistência entre o princípio dispositivo e a concessão *ex officio* de medida acautelatória, pois não há predominância de um sobre outro, apenas mera relativização. Nem o poder geral de cautela se impõe a ponto de permitir ao Juiz a provocação jurisdicional inaugurando um processo; nem o princípio da demanda vigora absoluto a ponto de vedar a atuação incidental do Magistrado em deferir a cautela.

Comungando desse entendimento, decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. MEDIDA CAUTELAR. RESGUARDO DO INTERESSE PÚBLICO. EFETIVIDADE PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL ÀS PECULIARIDADES DA DEMANDA. ARTIGO 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CLÁUSULA GERAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO, COM BASE NO PODER GERAL DE CAUTELA. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. POSSIBILIDADE. 1. **As medidas cautelares resguardam, sobretudo, o interesse público, sendo necessárias e inerentes à atividade jurisdicional. O artigo 798 do CPC atribui amplo poder de cautela ao magistrado, constituindo verdadeira e salutar cláusula geral, que clama a observância ao princípio da adequação judicial, propiciando a harmonização do procedimento às particularidades da lide, para**

**melhor tutela do direito material lesado ou ameaçado de lesão. 2. A efetividade do processo exige tutela jurisdicional adequada, por isso o poder geral de cautela pode ser exercitado ex officio, pois visa o resguardo de interesses maiores, inerentes ao próprio escopo da função jurisdicional, que se sobrepõem aos interesses das partes. 3. A providência cautelar, ainda que de maneira incidental, pode ser deferida em qualquer processo [...]** (REsp. 1241509, UF: RJ. Registro nº 2011/0043812-6. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento: 09/08/2011. Publicação: 01/02/2012). (grifo nosso)

Da ementa ora colacionada, possível extrair que a jurisprudência de instância superior advoga a tese do cabimento de providência cautelar de ofício, incidentalmente, em qualquer processo, tese esta que tem preponderado também em sede doutrinária.

Câmara (2006, p. 56-57) ensina:

Outro aspecto a considerar é que as medidas cautelares *ex officio* são passíveis de concessão a qualquer que seja a natureza do direito substancial pouco importando se o mesmo é disponível ou indisponível. Isto porque, uma vez provocada a atuação jurisdicional, cabe ao Estado-Juiz a prática de todos os atos necessários para a prestação da tutela jurisdicional adequada à sua efetiva proteção, o que implica a exigência de concessão de medidas cautelares toda vez que a efetividade do processo estiver em situação de perigo.

[...] Além disso, poderá o juiz deferir medidas cautelares *ex officio* (sempre incidentes, relembre-se), toda vez que verificar a ocorrência de um caso excepcional, em que a efetividade do processo já em curso encontra-se ameaçada de lesão.

No trecho citado, observa-se o destaque do autor a que as cautelares concedidas de ofício sejam sempre incidentes, numa manifesta filiação à mesma corrente doutrinária-jurisprudencial defendida no Acórdão também supracitado. Acrescenta-se que tal processo poderá ser de natureza cognitiva ou executiva. O que não se coaduna com a evolução do Direito é o engessamento do Magistrado diante de permissivo legal, por mero formalismo e apego principiológico. Não se questiona da imperatividade dos princípios, notadamente do princípio da demanda, apenas se defende que nem o ordenamento veda absolutamente, em sua defesa, a concessão cautelar *ex officio*, nem permite ao Magistrado provocar a

jurisdição. Trata-se de hipótese de mitigação do princípio.

A vigorar a tese da incompatibilidade entre o princípio dispositivo e a adoção de providência cautelar de ofício pelo juiz, admitir-se-ia a existência de situações para as quais, não havendo medida cautelar nominada e diante de descuido das partes, não haveria também nenhuma forma de se chegar à tutela jurisdicional adequada, violando frontalmente a garantia constitucional insculpida no artigo 5.º, inciso XXXV, da CF.

O que não se pode admitir, por afronta ao texto constitucional e à legislação material e processual, é a figura de um Juiz dotado de poderes absolutos, que atue conforme suas próprias convicções, sem qualquer respeito ao sistema jurídico e às garantias processuais. Ainda que se entenda ser o posicionamento mais razoável, a concessão de medidas cautelares *ex officio* não representa autonomia e arbitrariedade por parte do Juiz. Este não pode se investir do poder geral de cautela para justificar parcialidade e injustiça, cabendo às partes, aos Advogados e aos Tribunais a estrita atenção para observar se, ao pretexto de deferir cautela, não está o Magistrado a violar direitos e garantias.

## 5 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, como um todo lógico e harmônico, investiu o Magistrado do poder geral de cautela como aspecto inerente à jurisdição, vislumbrando a perfeita realização do imperativo constitucional insculpido no artigo 5.º, inciso XXXV, da CF. Com a regulamentação dada a este poder pelo CPC atribuiu-se ao Magistrado, ainda mais, a tarefa de resguardar e assegurar o resultado útil dos provimentos jurisdicionais.

Não obstante o princípio da demanda determine que o Juiz está vinculado aos limites da pretensão deduzida pelas partes, sendo-lhe vedado a instauração do processo de ofício, entende-se que ele está autorizado a deferir as providências cautelares que julgar necessárias e adequadas, de ofício, desde que incidentalmente. Não merecem prosperar, portanto, a tese da absoluta vedação ao deferimento cautelar de ofício (podendo fazê-lo apenas diante de expressa autorização legal) e a tese que defende a concessão irrestrita de cautelares *ex officio*.

Verifica-se que a medida assecuratória determinada *ex officio* pelo Juiz não representa afronta ao princípio dispositivo, mas apenas

mitigação deste. Seu fundamento reside no interesse do Estado em que a prestação jurisdicional seja efetiva, consubstanciando, assim, a defesa do império da ordem jurídica e, reflexamente, a defesa de interesse das partes; haja vista que estas mantêm a crença no resultado prático do processo. Deve o Estado-Juiz proporcionar a tutela postulada em sua integralidade.

Ademais, a concessão cautelar *ex officio* há que se verificar em caráter incidental, única forma de se conciliarem o exercício do poder geral de cautela com o princípio da demanda. A discricionariedade aqui existente cede espaço à maior efetividade da prestação jurisdicional, que é o verdadeiro intuito do legislador ao conferir tamanha amplitude ao poder geral de cautela.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1241509-RJ. Registro n.º 2011/0043812-6. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/detalhe.asp?numreg=201100438126&pv=000000000000>>. Acesso em: 21 maio 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2009.  
CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DELGADO, José Augusto. Medidas cautelares específicas e inominadas. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.). *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRIEDE, Roy Reis. Origem ampla e remota da providência cautelar. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 23, p. 399-402,

ago./nov. 1998. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20045/Origem\\_ampla\\_e\\_remota.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20045/Origem_ampla_e_remota.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 11 maio 2012.

MACEDO, Antônio Luiz Bueno de. Poder discricionário do juiz. *Jus Navigandi*, 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/110/poder-discricionario-do-juiz>>. Acesso em: 12 maio 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=9&txt\\_processo=703684&complemento=2&sequencial=0&palavrasConsulta=processo%20civil%20%22princ%EDpio%20da%20demanda%22%20limites%20ao%20juiz&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=9&txt_processo=703684&complemento=2&sequencial=0&palavrasConsulta=processo%20civil%20%22princ%EDpio%20da%20demanda%22%20limites%20ao%20juiz&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>)>. Acesso em: 20 maio 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. Considerações práticas sobre o processo cautelar. *Justitia*, São Paulo, v. 50, n. 143, jul./set. 1988. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/23926/consideracoes\\_praticas\\_sobre\\_processo.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/23926/consideracoes_praticas_sobre_processo.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 21 maio 2012.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Princípio da demanda e o poder geral de cautela: medida cautelar concedida de ofício somente nos casos expressamente autorizados por lei: descabe reconvenção no processo cautelar. *Justitia*, São Paulo, v. 52, n. 150, p. 35-39, abr./jun. 1990. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/23953/principio\\_demanda\\_poder\\_geral.pdf?](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/23953/principio_demanda_poder_geral.pdf?)>. Acesso em: 18 maio 2012.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 22. ed. São Paulo: LEUD, 2005.



## BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE TRATADOS E DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NA TUTELA DE EMBRIÕES HUMANOS CRIOPRESERVADOS

Liz Helena Silveira do Amaral Rodrigues<sup>1</sup>

### RESUMO

Trata-se de artigo destinado a analisar se instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos podem ser utilizados também na proteção de embriões humanos, ainda que criopreservados e não-implantados. Foram listados documentos dotados de força jurídica vinculantes e instrumentos desprovidos deste caráter, mas que, ainda assim, por sua relevância, merecem ser destacados. Apesar de não se discutir, de fato, o momento do início da proteção jurídica do embrião, faz-se uma opção pelo viés concepcionista e, a partir deste ponto, são analisados os documentos em questão; ao final, constata-se que, apesar de não mencionarem expressamente a necessidade de garantia de proteção jurídica ao ser humano em processo de desenvolvimento (com exceção da Convenção Americana de Direitos Humanos e dois outros documentos), nenhum dos documentos aqui analisados expressamente a exclui, tornando-se possível a adoção de uma interpretação extensiva, condizente com a garantia de respeito pela dignidade humana em todas as fases do desenvolvimento individual.

**Palavras-chave:** embriões humanos - tratados internacionais - sujeito de direitos - proteção jurídica.

### ABSTRACT

This article intends to analyze whether international instruments of human rights protection can also be used in the protection of human embryos, even the cryopreserved and non-deployed ones. Were listed some documents with legal binding force and instruments lacking this character but still, due to their importance should be highlighted. Although it is not argued, in fact, the time when the legal

protection of the embryo begins, there is an option for Conceptionist theory and, from this point, it is done the analyze of the documents in question; in the end, it appears that, despite not explicitly mention the need to guarantee legal protection to people in the development process (with the exception of the American Convention on Human Rights and two other documents), none of the documents analyzed here expressly excludes this protection, making it possible to adopting a broad interpretation, consistent with ensuring respect for human dignity at all stages of individual development.

**Keywords:** human embryos - international treaties - the subject of rights - legal protection.

### INTRODUÇÃO

Face ao desejo essencial de constituição de família e implantação de um projeto parental, a evolução das técnicas de reprodução humana medicamente assistida visa atender àqueles que, por algum motivo, não conseguem obter uma gestação por vias naturais. Porém, não obstante a relevância deste desejo e da importância de medidas que viabilizem a sua realização, constata-se, como efeito deletério, que, da implementação do projeto parental destes pais, surge um volume cada vez maior de embriões humanos excedentes que, resultantes da aplicação de técnicas de reprodução humana *in vitro*, permanecem alheios a uma definição e a uma concretização de seu destino. Questiona-se, portanto, se, em uma perspectiva jurídica, tais embriões deveriam ser encarados como pessoas ou como coisas, sujeitos ou objetos de relações jurídicas; sem, contudo, adentrar a esta questão de fundo, neste momento pretende-se, apenas, analisar como ditos embriões humanos são

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora universitária, responsável pelas disciplinas Direito Internacional Público, Biodireito e Metodologia da Pesquisa II. Coordenadora do Programa Especial de Tutoria do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.



percebidos em diversos documentos internacionais de proteção de direitos humanos.

Ao se adotar a ideia de dignidade humana, em uma perspectiva kantiana, como vetor distintivo das categorias “seres pessoais” e “seres não-pessoais”, opta-se, por ora, por uma perspectiva concepcionista, que faz coincidir o início da proteção jurídica com o início do desenvolvimento embrionário humano, como decorrência imediata do fim do processo de concepção. Ao se fazer coincidir o início do reconhecimento da existência da dignidade humana com o início da existência biológica de um indivíduo, faz-se uma opção, não isenta de críticas, por um marco regulatório estável e, no entender da autora, menos sujeito a variações discricionárias. Observa-se que este não é, no momento, o objeto da discussão e que este trabalho científico limitar-se-á à análise da proteção do embrião humano sob a perspectiva de instrumentos internacionais.

Isto posto, observa-se que diversos são os Tratados, Protocolos, Declarações e Convenções relevantes para a questão da manipulação de embriões humanos produzidos com o auxílio de técnicas de reprodução humana medicamente assistida. De certo modo, é possível afirmar que todo o documento que se apoia na dignidade humana e declara o direito à vida como direito fundamental pode ser relacionado com as questões aqui abordadas.

Este artigo, de viés exploratório, foi elaborado de acordo com o método dedutivo, optando-se por um procedimento monográfico, com o recurso a fontes bibliográficas e documentais.

## 1 DOCUMENTOS INTERNACIONAIS E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Tratados são, nos termos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), acordos internacionais firmados entre Estados, escritos, regidos pelo Direito Internacional Público, independentemente de denominação específica. Dentro do universo de assuntos que podem ser, no âmbito das relações internacionais, regulamentados por Tratados, destaca-se um grupo especial, voltado para a proteção do ser humano, em sua condição de portador de dignidade e ser pessoal.

Estes documentos protegem todo o ser humano e declaram a sua dignidade, servindo como escudo contra qualquer forma de manipulação lesi-

va. Os Instrumentos a seguir apresentados têm em comum o respeito pela dignidade da pessoa humana, a garantia irrestrita do direito à vida, à autonomia e à liberdade. Além disso, destacam-se pela utilização do tratamento mais amplo possível no que se refere aos sujeitos dos direitos neles garantidos – usualmente, o termo utilizado expressa a totalidade dos seres humanos, sem estabelecer exceções: todos, *everyone, every person, human being, every child*. É fundamental constatar ainda que, em nenhum deles se estabelece um “marco inicial” para a existência humana – a não ser o próprio momento da fecundação. Desta forma, e com todo o acerto, em nenhuma situação a existência humana fica condicionada ou a ela se impõe algum limite, fato que adquire extrema relevância quando se trata de proteção de embriões humanos.

Silva (2002, p. 247) destaca que desde o advento do Código de Nuremberg, em 1947, existe uma preocupação em estabelecer parâmetros norteadores das pesquisas com seres humanos – uma das principais exigências definidas desde então é a de que somente poderiam ser submetidos a este tipo de pesquisa científica indivíduos em condições de prestar um consentimento livre e esclarecido. Completa o mesmo autor (2002, p. 249) que, com a Declaração de Helsinque (1964), a Associação Médica Mundial estabeleceu as diretrizes éticas para este tipo de pesquisa. Apesar de nenhum dos dois instrumentos poder ser considerado um Tratado, em seu sentido estrito, nem fazer referência aos embriões humanos, há que se considerar a sua importância em relação à formalização dos princípios bioéticos básicos da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça.

Há que se observar, contudo, que a proteção do ser humano, em âmbito internacional, não se dá apenas pelo recurso aos Tratados – não obstante este possa, a princípio, ser considerado um recurso mais desejável, haja vista a sua característica vinculante para os Estados que dele fazem parte. Para além dos Tratados, há uma série de Declarações e Recomendações que, apesar de despidas de força cogente, são instrumentos de fundamental relevância para a compreensão da proteção jurídica do ser humano, em âmbito internacional. A estes documentos são dedicadas as primeiras análises deste artigo.

## 2 DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS E OUTROS DOCUMENTOS

### 2.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

Documento fundamental em sede de Direitos Humanos, a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, de 1948, foi preparada sob os reflexos da Segunda Guerra Mundial. Comparato (2004) lembra que a Declaração “representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I”.

Apesar de, tecnicamente, a Declaração ser uma Recomendação aos Estados signatários, o autor afirma que hoje se reconhece que a vigência de Direitos Humanos “independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.” (2004).

Um aspecto interessante a ser ressaltado é que a Declaração não confere direitos aos seres humanos, mas apenas os reconhece como direitos já existentes e agora amparados por um documento de âmbito internacional. Desta forma, já em seus “Consideranda”, a Declaração afirma o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e que seus direitos iguais e inalienáveis são o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Em seu art. 1.º, a Declaração afirma que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade.”. Segundo Silva (2002, p. 250), uma interpretação literal do artigo em questão poderia dar a entender que antes do nascimento os homens não são livres e são desiguais em dignidade e, em consequência, poderiam ser manipulados sem maiores problemas. Nas palavras do autor, porém, tal entendimento é equivocado, pois

[...] ocorre que a interpretação literal, restrita a pontos específicos de um documento jurídico, distorce, por vezes, o conhecimento da normatividade, veiculando um sentido alheio ao documento interpretado. Mesmo porque a declaração, em seu art. 7.º, acen-

tua que ‘todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei’ [...] Ora, se todos devem ser igualmente protegidos pela lei, despropositada é a interpretação segundo a qual a Declaração distingue homens nascidos e os homens ainda não nascidos, mas já concebidos (SILVA, 2002, p. 250).

Corroborando este entendimento, Comparato lembra que o princípio da igualdade do ser humano, não obstante todas as diferenças que possam ter, é afirmado no artigo 2.º da Declaração. Nas palavras do autor:

O pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas. Como consequências dessa igualdade de essência, o artigo VII reafirma a regra fundamental da isonomia, proclamada desde as revoluções americana e francesa do século XVIII. (COMPARATO, 2004).

Destaca-se que em nenhum momento a Declaração estabelece qualquer diferença entre os seres humanos – já nascidos ou em processo de desenvolvimento, todos são protegidos. Desta forma, e levando-se em consideração a repulsa expressa em relação a todas as formas de discriminação, todas as suas garantias são plenamente aplicáveis a todos os seres humanos, desde o momento da concepção até o fim da vida.

Ghisolfi lembra que o art. 6.º da Declaração assegura a todos os seres humanos o reconhecimento de sua personalidade, em termos jurídicos. Considerando, como já foi dito, uma perspectiva concepcionista, assume-se que, desde a concepção, existe um indivíduo da espécie humana, sendo possível, portanto, afirmar que, também sob este aspecto, o embrião humano é protegido pela Declaração (GHISOLFI, 2002, p. 53). Destacam-se, ainda, os artigos 3.º (direito à vida), 7.º (garantia da igualdade e proteção contra qualquer forma de discriminação) e 30 (proibição de interpretações que visem permitir atos destinados a violar direitos e liberdades garantidos na Declaração).



## 2.2 Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1948, derivada da Declaração Universal, basicamente reafirma os princípios e direitos nesta expressos. Em seus “Consideranda”, a Declaração Americana reconhece que os direitos essenciais do homem derivam do fato de ele ser uma “pessoa humana”, e não do fato de ser ele cidadão de determinado Estado. Também aqui estes direitos fundamentais são reconhecidos como inerentes ao ser humano, cabendo aos Estados apenas reconhecer e fazê-los respeitar.

De forma semelhante à Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana afirma, em seu preâmbulo, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros.”. A seguir, em seus dois primeiros artigos, a Declaração Americana prevê que todo o ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança e que todas as pessoas são iguais perante a lei, possuindo os mesmos direitos e deveres afirmados na Declaração. Da mesma forma que a Declaração Universal, afirma-se que não são aceitáveis as distinções entre os seres humanos, independentemente do fundamento alegado (raça, língua, crença ou qualquer outro). Desta forma, repetem-se aqui os argumentos apresentados por Silva no tópico anterior, de modo que é possível afirmar que a proteção prevista na Declaração Americana abrange também o ser humano antes do nascimento.

## 2.3 Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética Genética – Declaração de Manzanillo (1996)

Datada de 1996, a Declaração Ibero-Latino-Americana Sobre Ética Genética apresenta o ponto de vista de países com menor desenvolvimento científico e tecnológico (DIEDRICH, 2001, p. 224), que enfatizam a necessidade de uma maior solidariedade e comunicação entre os diferentes países. No que se refere à proteção ao embrião humano, a Declaração se manifesta no sentido de que o desenvolvimento científico e tecnológico deve levar em consideração o respeito à dignidade, à identidade e à integridade humanas, bem como o respeito aos direitos humanos já afirmados em outros documentos.

Um aspecto bastante relevante, abordado na

Declaração, é a valorização do princípio da não-lucratividade com o corpo humano, expresso nos seguintes termos:

Sexto – Além dos profundos questionamentos éticos que gera o patenteamento do material genético humano, cabe reiterar particularmente: a) a necessidade de proibir a comercialização do corpo humano, de suas partes e de seus produtos; [...]. (ALARCÓN, 2004, p. 237).

Destaca-se, novamente, que nenhuma fase do desenvolvimento humano é excepcionada da proteção garantida pela Declaração.

## 2.4 Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (1997)

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, aprovada em 1997, reafirma, já em seu preâmbulo, os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do respeito mútuo entre os homens; reconhece que a pesquisa sobre o genoma humano e as aplicações dela resultantes abrem amplas perspectivas para o progresso na melhoria da saúde de indivíduos e da humanidade como um todo. No entanto, consciente dos riscos que tais técnicas oferecem, a Declaração enfatiza que estas pesquisas devem respeitar inteiramente a dignidade, a liberdade e os direitos humanos bem como proíbe de todas as formas de discriminação baseadas em características genéticas. Nas palavras de Matsuura (2004), mesmo frente a tantas inovações tecnológicas, a Declaração reafirma princípios e valores intangíveis.

Apesar de não se referir expressamente aos embriões humanos, a Declaração possui vários artigos que reforçam a necessidade de respeito pela dignidade humana na investigação genética. Por esta Declaração, o genoma humano é reconhecido como elemento relacionado à dignidade humana, sendo, por um lado, a base desta dignidade, e por outro, “não podendo esta dignidade ser desrespeitada, em razão das características deste genoma, uma vez que essa mesma dignidade determina que os indivíduos não podem ser reduzidos às suas características genéticas.” (DIEDRICH, 2001, p. 222). Interessante é o aspecto relacionado ao embrião humano, pois, em sendo este portador do genoma típico da espécie, nele também se reconhece a dignidade atribuída a todo o ser humano.

Silva (2002, p. 251) ressalta o caráter inclusivo do art. 1.º da Declaração, que é endereçado a todos os membros da humanidade, sem qualquer distinção (inclusive no que se refere ao nascimento, já que também esta Declaração não estabelece nenhum marco inicial para o reconhecimento da pessoa humana). Para o autor, todos os membros da comunidade são membros que constituem uma unidade fundamental que não admite nenhuma forma de discriminação.

Em relação à clonagem, a Declaração afirma que esta prática, por ser contrária à dignidade humana, não deve ser permitida.

Novamente, diversos dispositivos podem ser levantados em defesa do embrião humano. Destacam-se, pela profundidade e abrangência, os artigos 1.º (declara o genoma humano patrimônio da humanidade), 2.º (garante o respeito à dignidade a todos os indivíduos), 5.º (respeito ao indivíduo e garantias a este conferidas frente à pesquisa científica), 6.º (veda a discriminação baseada em características genéticas), 10 (declara que o respeito à dignidade, liberdade e direitos humanos devem prevalecer frente aos interesses de pesquisa) e 11 (veda a prática de atos contrários à dignidade humana, como a clonagem).

Comparato lembra que, na Declaração Universal sobre o Genoma Humano, a UNESCO afirmou que “o genoma humano está na base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como do reconhecimento de sua dignidade intrínseca e de sua diversidade.” (COMPARATO, 2001, p. 33). Em termos simbólicos, o genoma é considerado patrimônio da humanidade. Assim, segundo Comparato, a Declaração assegura a cada indivíduo o respeito a sua dignidade e seus direitos, independentemente de suas características genéticas. Consequentemente, essa dignidade impõe a não-redução dos indivíduos às suas características genéticas e o respeito do caráter único de cada um, bem como de sua diversidade (COMPARATO, 2001, p. 33), independentemente do seu estágio de desenvolvimento e evolução.

### **3 TRATADOS INTERNACIONAIS CUJA APLICAÇÃO À TUTELA DO EMBRIÃO HUMANO PODE SER DISCUTIDA**

#### **3.1 Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos - PIDCP (1966)**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Eco-

nômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o seu Protocolo facultativo formam a chamada “Carta Internacional dos Direitos do Homem”.

Em seus “Consideranda”, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966, reconhece que a dignidade inerente a todos os membros da família humana constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Reconhece a existência de direitos iguais e inalienáveis e também que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana.

Diferente da Declaração Universal dos Direitos Humanos, porém, que possui um caráter de recomendação, o PIDCP, por ser um Tratado, dotado de força cogente após a sua ratificação, prevê alguns mecanismos de controle. Com a finalidade de assegurar o respeito e a observância dos direitos nele consagrados, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos estabeleceu um método para conferir a sua implementação nos Estados signatários (MODELL, 2006).

Estes Estados assumem o compromisso de encaminhar ao Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo próprio Pacto, “relatórios periódicos contendo a descrição das medidas legislativas, judiciais e administrativas adotadas para cumprimento das obrigações.” (MODELL, 2006), (art. 40) e também existe a possibilidade de uso de comunicações interestatais (art. 41), pelas quais um Estado pode denunciar outro que tenha permitido violações de direitos humanos em seu território.

Para Modell, ao determinar, em seu art. 2.º, que os Estados-partes estão obrigados a respeitar e garantir os direitos nele previstos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos adquire característica de norma autoaplicável, ingressando imediatamente no ordenamento dos países signatários (MODELL, 2006).

Diferentemente da Declaração Universal, o Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos prevê, em seu artigo 4.º, a possibilidade de que alguns dos direitos que nele estão previstos sejam restritos, em determinadas situações especiais. No entanto, esta disposição não autoriza qualquer derrogação em relação a alguns artigos específicos, que protegem direitos fundamentais, tais como o direito à vida (inerente a toda pessoa humana – art. 6.º) e o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião (art. 18).

#### **Artigo 4.º [...]**

1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas

oficialmente, os Estados-partes no presente Pacto podem adotar, na estrita medida em que a situação o exigir, medidas que derroguem as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza qualquer derrogação dos artigos 6º, 7º, 8º (parágrafos 1º e 2º), 11, 15, 16 e 18. (DHNET, 2005).

Verifica-se, portanto, que mesmo em situações extremas, o direito à vida não pode ser suspenso ou limitado. Este é um direito que o Pacto reconhece como sendo um direito intrínseco ao ser humano, que deve ser protegido por lei, de forma a impedir que qualquer ser humano seja arbitrariamente dele privado (DHNET, 2005). Apesar de não mencionar expressamente o embrião humano, estas declarações, somadas ao não estabelecimento de limites iniciais para o gozo deste direito fundamental permite entender que a proteção aqui conferida abrange toda a duração da vida humana, desde o momento da fecundação, sendo vedado o estabelecimento de quaisquer limitações que visem excluir de seu rol de proteção qualquer estágio do desenvolvimento humano.

### 3.2 Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica (1969)

O Pacto de San Jose da Costa Rica é o único, de todos os instrumentos aqui mencionados, que afirma que o direito à vida deverá ser protegido *em geral* desde o momento da concepção. Esta previsão está contida no art. 4.º da Convenção (“Direito à vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”) e, apesar de compreender que nem todos os países signatários reconhecem a titularidade do direito à vida antes do nascimento, a terminologia usada visava à generalização deste direito fundamental<sup>2</sup>. Ghisolfi, comentando o preâmbulo desta Convenção, afirma que a fundamentação dos direitos essenciais nos atributos da pes-

soa humana permite conferir estes direitos também ao nascituro, pois o desenvolvimento humano compreende, logicamente, toda a fase pré-natal (GHISOLFI, 2002, p. 54).

A importância de tal dispositivo há que ser destacada: por se tratar de compromisso dotado de força jurídica vinculante para os Estados que dele fazem parte, a perspectiva concepcionista, adotada pela Convenção ao afirmar que a vida deve ser protegida, em geral, desde o início do desenvolvimento embrionário, torna-se diretriz essencial e que deve ser refletida nos ordenamentos internos dos Estados signatários; ao integrar este rol, percebe-se que o Brasil assumiu, ao aderir a este Pacto, compromisso essencial em relação à ilimitada proteção do direito à vida, ainda que seu detentor ainda não tenha vindo à luz. Deste modo, poder-se-ia afirmar que a vinculação do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos poderia ressaltar determinadas incompatibilidades existentes entre o referido tratado e o ordenamento interno e que tais incompatibilidades, sem maiores delongas, deveriam ser solvidas, sob pena de descumprimento de normatização internacional voluntária e soberanamente aceita pelo país.

Silva defende que o referido art. 4.º da Convenção apresenta três diretivas:

[...]

a primeira prevê o respeito universal à vida; a segunda esclarece que a vida deve ser respeitada desde o momento da concepção; e a terceira afirma o respeito incondicional à vida. Entretanto, há quem defenda que o mencionado preceito admite o condicionamento, ao estabelecer, em sua segunda diretiva, que o direito à vida ‘regra geral’ deve ser protegido desde a concepção. Nesta linha de raciocínio, o preceito autorizaria exceções ao respeito incondicional da vida desde a concepção. Nada mais equivocado. Se a diretiva primeira é o respeito universal à vida, toda e qualquer ação, ainda que aparente uma exceção ao respeito incondicional à vida, deve se fundamentar no respeito a ela. [...] Com efeito, a proteção da vida desde o momento da concepção é diretiva incondicionada por qualquer outro critério senão a proteção da própria vida. (SILVA, 2002, p. 252).

Novamente se destaca a inexistência de limitações quanto ao início do gozo dos direitos ga-

<sup>2</sup> Ou seja, em países onde este direito não estivesse regulamentado, o Pacto, ao se incorporar ao ordenamento, funcionaria como norma regulamentadora deste direito fundamental, garantindo-o, portanto, desde a concepção.

rantidos na Convenção. Destacam-se, em termos de proteção ao embrião, os artigos 1.º (no qual se declara que pessoa é todo o ser humano, sem distinções de qualquer ordem), o 4.º (garantia do direito à vida) e o 11 (proteção da honra e reconhecimento da dignidade).

### 3.3 Convenção sobre os Direitos da Criança (1989)

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em 1989, declara, desde o seu preâmbulo, que toda pessoa humana possui os direitos nela enunciados sem qualquer tipo de distinção, inclusive nascimento ou qualquer outra condição. A relevância desta afirmação é ressaltada pelo fato de a Convenção não estabelecer um termo inicial para o conceito “criança”, apenas um termo final, ao afirmar, já no art. 1.º, que “para efeitos da presente convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.”. Se criança é todo o *ser humano* com menos de dezoito anos, naturalmente existência pré-natal também está inclusa na proteção garantida pela Convenção. Ghisolfi partilha desta opinião e afirma que “o nascituro não foi esquecido e que, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita, dentre outras coisas, de proteção jurídica especial.” (GHISOLFI, 2002, p. 56).

Destacam-se ainda os artigos 2.º (aplicação dos direitos aqui garantidos a todas as crianças, sem distinção de nenhuma ordem), 3.º (garantia da observância do maior interesse da criança, em todas as ações a elas relativas) e 6.º (a garantia do direito à vida, bem como o dever do Estado assegurar a sua sobrevivência e desenvolvimento).

### 3.4 Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina (1997)

Por seu lado, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, foi documento firmado no Conselho da Europa em 1997. Essa Convenção se destaca pela preocupação com a dignidade da pessoa humana e pela atenção dispensada aos avanços das

ciências biomédicas. Desde o seu preâmbulo, ela, consciente dos avanços da Medicina e da Biologia, afirma a necessidade de respeitar o ser humano tanto como indivíduo quanto como membro da espécie humana. E ressalta a importância de garantir a sua dignidade. Por outro lado, a Convenção expressa a consciência de que a utilização imprópria das tecnologias em questão pode representar um risco para a dignidade humana e relembra que todos os membros da sociedade possuem direitos, mas também responsabilidades. Archer comenta a referida Convenção de forma curiosa, considerando que até então, as diversas Convenções e Declarações de direitos humanos tinham conseguido

[...]

se firmar ao alto nível dos grandes princípios da filosofia social e do direito, sem terem que se rebaixar às questões menores trazidas pelas tecnologias biológicas ou médicas.

Mas estas últimas desenvolveram-se, entretanto, tão rápida e avassaladoramente, que acabaram por criar situações novas, reais e concretas, que vêm por em discussão a aplicação dos grandes princípios da filosofia moral e do direito. A partir de então, uma convenção sobre direitos humanos e dignidade da pessoa só se poderia estabelecer chamando, para a mesa de conversações, médicos e biólogos. (ARCHER, 1997, p. 13).

Alguns aspectos relevantes podem ser ressaltados, tais como o primado do bem individual frente ao mero interesse científico ou social, que resulta na não instrumentalização do ser humano, nas exigências de consentimento informado, no direito à informação, na proibição da comercialização do corpo humano ou suas partes e na proibição da utilização de técnicas de reprodução humana medicamente assistida para a escolha do sexo dos bebês a serem gerados – a não ser que tal medida tenha justificativas de ordem médica (ARCHER, 1997, p. 14). Outro aspecto relevante é a restrição do interesse individual por medidas de segurança pública, apesar da primazia a ele conferida e comentada anteriormente. A liberdade de investigação científica também é limitada pelos direitos fundamentais das pessoas envolvidas (direta ou indiretamente) bem como se torna proibida a criação de embriões para fins de pesquisa. Por fim, Archer (1997, p. 14) afirma que a Convenção procura defender o interesse e o bem



da humanidade, no sentido de sua preservação e da manutenção de sua identidade:

É muito positivo que uma Convenção desta abrangência tenha sido aceita por consenso em cerca de quarenta países de tradições divergentes. No entanto, foram necessárias algumas concessões, principalmente no que se refere à definição dos conceitos de “ser humano” e “pessoa”. Quintana-Trias afirma que:

A tensão produziu-se imediatamente entre os que sustentam que o ser humano tem direitos e merece toda a proteção desde a concepção e os que defendem que o ser humano adquire direitos progressivamente com o desenvolvimento do embrião até ao recém-nascido. Por trás desta discussão, subjaz, evidentemente, a do aborto, que existe na maioria dos países europeus. (QUINTANA-TRIAS, 1997, p. 23).

Por conta desta divergência, optou-se por não definir os significados dos termos já citados e deixar este detalhamento a cargo da legislação interna de cada país signatário, com o compromisso da elaboração futura de um protocolo sobre a proteção da vida humana antes do nascimento. No entanto, nem por isso a Convenção perdeu seu caráter altamente protetivo no que se refere ao embrião humano, visto que, já no primeiro artigo, afirma-se a proteção da dignidade e da identidade de *todos* os seres humanos. Se há alguma discussão quanto ao *status* jurídico do embrião, dúvidas não há quanto à sua condição biológica de ser humano, pelo que a proteção ali prevista também a ele se estende.

Destacam-se, além do art. 1.º, o 2.º (primado do ser humano), o 6.º (referente às pessoas que careçam de capacidade para consentir – neste caso, a intervenção somente pode ser feita em seu benefício direito), o 11 (que proíbe toda e qualquer forma de discriminação em virtude do patrimônio genético), o 14 (veda a seleção do sexo dos embriões a serem implantados), o 18 (exigência de proteção adequada ao embrião, quando a sua utilização em pesquisas for permitida pela lei do país e proíbe a criação de embriões para fins de investigação) e o 21 (afirma que o corpo humano e suas partes não devem ser fontes de lucro).

Um importante questionamento surge da leitura do art. 18 do Pacto, que estabelece:

Pesquisa em embriões *in vitro*:

1 - quando a pesquisa em embriões *in vitro* é admitida por lei, esta garantirá uma prote-

ção adequada do embrião;

2 - a criação de embriões humanos com fins de investigação é proibida. (CONSELHO DA EUROPA, 1997).

São rariíssimas as possibilidades de pesquisa com embriões *in vitro* em que se possa, ao mesmo tempo, garantir adequada proteção ao embrião. A não ser a mera observação e eventual terapia genética, a imensa maioria das pesquisas realizadas com embriões resulta na sua destruição. Silva, analisando o referido artigo e os diferentes termos utilizados nas versões francesa e inglesa da redação do Pacto, que podem promover interpretações diversas do mesmo dispositivo. Afirma:

Se é verdade, como já se disse, que a disciplina da concepção humana prevista na convenção europeia é insuficiente, não se deve atribuir aos redatores do texto a intenção deliberada de excluí-la de qualquer tutela [...]. Além disso, o artigo 33 da convenção de Viena de 1969, sobre o direito dos tratados internacionais, assevera que, quando no confronto de textos igualmente autênticos, mas redigidos em línguas diversas, faz surgir diferenças semânticas, adotar-se-á a interpretação que, tendo em conta o objeto e os objetivos do tratado, permite melhor conciliar os textos confrontados. (SILVA, 2002, p. 254).

Portanto, segundo este entendimento, é perfeitamente possível afirmar que a realização de qualquer pesquisa em que não seja possível garantir “uma proteção adequada do embrião” é vedada pela Convenção.

Desta forma, é possível afirmar também que a proteção ao embrião humano inclui a proibição da sua utilização em pesquisas, independentemente do tempo de concepção e desenvolvimento. Além disso, a proibição de discriminação em função do patrimônio genético torna ilegal toda a forma de seleção de embriões antes da implantação.

Em 1998, o Conselho da Europa aprovou um Protocolo adicional à Convenção, pelo qual se proíbe a clonagem de seres humanos para fins reprodutivos. Nos termos do Protocolo, “é proibida qualquer intervenção cuja finalidade seja a de criar um ser humano geneticamente idêntico a outro ser humano, vivo ou morto.” (PARLAMENTO EUROPEU, 2000). A clonagem é considerada uma ameaça à dignidade humana, “na medida em que implica a predeterminação da constituição genética por parte de uma entidade terceira.” (PARLAMENTO EUROPEU, 2000). A clonagem para fins

terapêuticos não foi expressamente vedada, visto que o Protocolo não tomou posição em relação a este tema, mas deixou claro que as vedações relativas à clonagem reprodutiva não devem ser aplicadas à clonagem terapêutica (“de células e tecidos, para fins de investigação, que dê origem a aplicações médicas”) (PARLAMENTO EUROPEU, 2000).

Ainda que a referida Convenção, por questões territoriais, não permita a adesão de países não-europeus, como o Brasil, há que se destacar a sua imensa relevância como marco protetivo da existência humana em fase embrionária. Ao estabelecer limites à intervenção científica e ao garantir ao embrião humano o respeito por sua dignidade, a Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina demonstra ser possível compatibilizar, em uma perspectiva humanista, meios que permitam a evolução científica sem que esta venha a se tornar um meio de violação da dignidade e instrumentalização do ser humano, independentemente do estágio de sua existência e desenvolvimento.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação jurídica do embrião humano gerado com o auxílio de técnicas de reprodução assistida e que, por motivos diversos, é mantido criopreservado é alvo de frequentes discussões jurídicas, políticas e sociais. No que diz respeito à esfera jurídica, tem-se como mais relevante a questão relativa à definição do momento a partir do qual o ser humano em formação passa a ser reconhecido – e protegido – como sujeito de direitos. Em se levando em consideração a ideia de dignidade humana, faz-se notar que, por ser o processo de desenvolvimento humano um processo contínuo, a opção mais protetiva é aquela que faz coincidir o início da proteção jurídica com o efetivo início da existência de um indivíduo humano, qual seja, o momento da concepção.

Tendo estas considerações iniciais em tela, foram analisados documentos internacionais, convencionais ou não, que, por suas características, pudessem ser utilizados em favor da proteção jurídica do embrião humano. Observou-se que, ainda que não seja usual a menção da existência de proteção jurídica do indivíduo em seu período de existência pré-natal, nenhum tratado, declaração ou convenção exclui, de modo incisivo, a proteção do ser embrionário. Desta forma, em uma interpretação mais abrangente, torna-se possível afirmar que,

de fato, a proteção jurídica assegurada ao ser humano por estes instrumentos internacionais pode, sim, compreender, também, a proteção do embrião humano, ainda que não implantado no ventre materno.

Dentre os instrumentos analisados, merecem destaque a Convenção Americana de Direitos Humanos, por afirmar que a vida humana deve ser protegida *em geral* desde o momento da concepção; a Convenção sobre os Direitos da Criança, por não estabelecer um marco inicial para o início da proteção que deve ser assegurada aos infantes; e a Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, que, apesar de não pertencer ao rol dos instrumentos internacionais passíveis de ratificação pelo Brasil, é o documento mais protetivo conhecido e mais engajado no reconhecimento da dignidade humana e, conseqüentemente, na consolidação de uma esfera de proteção aplicável às fases iniciais do desenvolvimento de um ser humano.

Deste modo, constata-se que a utilização de Tratados e outros documentos internacionais de Direitos Humanos em prol da proteção do ser humano embrionário não só é juridicamente possível, mas também é eticamente necessário, pois apenas a existência de um efetivo parâmetro protetor pode impedir a instrumentalização de um ser humano em qualquer fase de sua existência, especialmente no momento de maior vulnerabilidade, que é o momento de seu desenvolvimento inicial.

#### REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na constituição federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

ARCHER, Luís. Três comentários breves à nova convenção. In: SILVA, Paula Martinho da. (Org.). *Convenção dos direitos do homem e da biomedicina*. Lisboa: Cosmos, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *A declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>>. Acesso em: 26 out. 2004.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignida-*

de do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2006.

DHNET – Rede de Direitos Humanos & Cultura. Carta Internacional dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2005.

DIEDRICH, Gyslaine Fátima. Genoma humano: direito internacional e legislação brasileira. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GHISOLFI, Reginaldo da Luz. A proteção legal do embrião humano e sua relação com a engenharia genética na União Européia e no Brasil. 2002. Dissertação (Doutorado)–Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002.

MATSUURA, Koichiro. Prefácio à declaração universal sobre o genoma humano e os direitos

humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>>. Acesso em: 26 out. 2004.

MODELL, Flávia Leda. Direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais: dicotomia ou integração? Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero10/artigo15.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

PARLAMENTO EUROPEU. Direcção-Geral de Estudos. As implicações éticas da investigação em embriões humanos. Estudo Final. 2000. Disponível em: <[http://www.europarl.eu.int/stoa/publi/pdf/99-indu-02\\_pt.pdf](http://www.europarl.eu.int/stoa/publi/pdf/99-indu-02_pt.pdf)>. Acesso em: 24 fev. 2005.

QUINTANA-TRIAS, Octavio. Convenção dos direitos do homem e da biomedicina. *In*: SILVA, Paula Martinho da. (Org.). *Convenção dos direitos do homem e da biomedicina*. Lisboa: Cosmos, 1997.

SILVA, Paula Martinho da (Org.). *Convenção dos direitos do homem e da biomedicina*. Lisboa: Cosmos, 1997.



## O DIREITO À MUDANÇA DE NOME PELO TRANSEXUAL COMO EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Silvana Maria de Carvalho Mendes<sup>1</sup>

### RESUMO

O direito à alteração de nome e sexo no registro civil dos transexuais no Brasil ainda não é um assunto disciplinado em lei, tampouco pacífico nos Tribunais, cuja maioria das decisões é no sentido de permitir a alteração do registro somente após a realização da cirurgia de transgenitalização. O artigo proposto se desenvolve a partir da comparação de uma sentença argentina proferida pelo Juiz Pedro H. Hooft (Juzgado. Correccional 4, Mar del Plata, causa “PRL, acción de amparo” 10/04/08)<sup>2</sup> em que essas alterações ocorreram sem a exigência de procedimento cirúrgico, com um caso concreto da cidade de Montes Claros, Minas Gerais, Brasil. O objetivo é mostrar que o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil 1988, é um princípio garantidor dos direitos da personalidade que inclui o direito ao nome, à identidade, à plena realização do indivíduo e sua integridade física, psíquica e moral.

**Palavras-chave:** transexualismo, dignidade humana, mudança de nome.

### ABSTRACT

The transsexuals' right to change name and sex in their Civil Registry in Brazil is still not a matter governed by law, nor unanimous in the courts of law, where most of the decisions are toward allowing for the change in the registry only after the sex reassignment surgery. The proposed article evolves out of a comparison of an Argentinean sentence pronounced by the Judge Pedro H. Hooft (Juzgado. Correccional 4, Mar del Plata, causa “PRL, acción de amparo” 10/04/08) in which those changes occurred without the surgical procedure requirement, with a case in the city of Montes Cla-

ros, Minas Gerais, Brazil. The purpose is to show that the fundamental rights of human dignity, written into the Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988, is a guarantor principle of the personality rights which include the right to a name, an identity, the individual's fulfillment and his or her physical, psychic and moral integrity.

**Keywords:** transsexualism, human dignity, name change.

### 1 INTRODUÇÃO

*Foi a vida, muito mais do que o direito, que se tornou o objeto das lutas políticas, ainda que estas últimas se formulem através de afirmações de direito. O direito à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação das necessidades, o direito, acima de todas as opressões ou alienações, de encontrar o que se é e tudo o que se pode ser [...] Michel Foucault*

Este trabalho se propõe a analisar o direito à alteração de nome e sexo no registro civil dos transexuais a partir de um caso específico em que estas alterações ocorreram sem a exigência de procedimento cirúrgico, na sentença proferida pelo Juiz de Direito Pedro H. Hooft, da Argentina (Juzgado. Correccional 4, Mar del Plata, causa “PRL, acción de amparo”, 10/04/08)<sup>3</sup>. Também analisa o posicionamento dos Tribunais brasileiros sobre o assunto e um caso concreto da cidade de Montes Claros, no Estado de Minas Gerais. O objetivo é mostrar que a dignidade da pessoa humana é um direito fundamental garantidor dos direitos da personalidade que defendem a plena realização do indivíduo, sua integridade física, psíquica e moral.

A metodologia utilizada foi bibliográfica, bem como estudo jurisprudencial.

<sup>1</sup> Advogada. Professora da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Especialista em Direito Administrativo e Docência e Metodologia do Ensino Jurídico pelas Faculdades Santo Agostinho. Graduada em Letras – Português/Francês pela UNIMONTES.

<sup>2</sup> <<http://www.bioeticaclinica.com.ar/>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

<sup>3</sup> <<http://www.bioeticaclinica.com.ar/>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

## 2 GÊNERO E TRANSEXUALISMO

A raça humana é dividida, pelo senso comum, em dois grupos, tendo como parâmetro o sexo, ou melhor, o órgão genital: masculino e o feminino.

Para Porchat (2008, p. 46), “[...] gênero é um termo que se refere à rede de crenças, traços de personalidade, atitudes, sentimentos, valores, condutas e atividade que diferenciam homem e mulher.”.

Ocorre que essa divisão simplista não contempla as diversas situações existentes, pois encontramos em todas as sociedades pessoas que nasceram anatomicamente com determinado sexo, por exemplo, o masculino e, no entanto, comportam-se, agem e vivem como se pertencessem ao outro, no caso, o feminino.

Essas pessoas, que apresentavam comportamento diferente do considerado “normal”, sempre foram tratadas como seres patológicos, transgressores da moral e dos bons costumes e, por isto, viviam à margem da sociedade. Mas, hoje, busca-se uma melhor compreensão para a mudança do comportamento social, discutindo-se conceitos como “identidade de gênero” e “orientação sexual”. Para Graner, o primeiro considera a atração, o desejo sexual, por quem o indivíduo se sente atraído, independentemente do enquadramento homem/mulher; o segundo leva em consideração o aspecto psicológico, emocional, a subjetividade do indivíduo, a forma como ele se sente – homem ou mulher – a despeito de sua constituição física.

A transexualidade está vinculada à identidade de gênero porque o indivíduo se reconhece, identifica-se e se comporta de forma oposta ao gênero determinado pela sua anatomia. E vai mais além: submete-se a transformações físicas, incluindo as mais diversas intervenções cirúrgicas para que essas transformações se aproximem, ao máximo possível, de sua identidade psíquica.

A Resolução CFM n.º 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina do Brasil, define o transexual como “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio;” (CONSELHO, 2010).

A Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (também conhecida como Classificação Internacional de Doenças – CID 10), publicada pela Organização Mun-

dial de Saúde (OMS)<sup>4</sup> também aponta o transexualismo como doença.

Mas essa questão requer uma análise muito mais profunda e complexa do que apenas considerar como doença um direcionamento da personalidade. Como bem apontado na sentença prolatada pelo Juiz Pedro Hoof, esse assunto necessita ser tratado por uma abordagem interdisciplinar.

## 3 O CASO P.R.L / T.R.L DE MAR DEL PLATA - ARGENTINA

Na Argentina, foi proposta uma ação por uma pessoa registrada por um nome cujas letras iniciais são P.R.L. e sexo masculino. Quando iniciou a ação, contava 23 anos de idade.

Relata a parte que, desde criança, sempre apresentou comportamentos e atitudes femininas, destoantes de seu sexo legal e dos outros quatro irmãos homens.

Afirma que, em sua apresentação, usava o gênero feminino e que também dessa forma era tratada e reconhecida em seu ambiente familiar e social.

Descreve detalhadamente todos os problemas vivenciados em sua infância e juventude decorrentes da discriminação sofrida, o que ocasionou o abandono dos estudos secundários. E, mesmo assim, aos dezesseis anos passou a se vestir de forma exclusivamente feminina, adotou como T. o seu prenome, passando a ser conhecida e tratada por todos como mulher.

Ressalta que, para maior similitude física com o fenótipo escolhido, passou a ingerir hormônios femininos a partir dos quinze anos; aos dezesseis – como já informado – passou a se vestir como mulher e aos dezenove anos se submeteu à cirurgia de implantes de quadris e, posteriormente, de mama.

O objetivo da ação foi conseguir a alteração do prenome de P. para T., identificação de sexo feminino e autorização para futura intervenção cirúrgica de mudança de sexo.

No curso do processo foram solicitados laudos periciais de um médico clínico, um médico forense, uma psicóloga e um psiquiatra, além de um informe socioambiental realizado por Assistente Social. Foram considerados também: o depoimento das testemunhas, os ditames do Comitê de

<sup>4</sup> <<http://www.medicinanet.com.br/cid10.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

Bioética do Ministério Público Fiscal e o informe do Registro de Propriedade da Província de Buenos Aires.

Na fundamentação da decisão, o Juiz destacou que a transexualidade é uma realidade complexa que necessita uma abordagem interdisciplinar. Pesquisou o sentido de transexualismo; estabeleceu paralelo entre a identidade pessoal e o direito à identidade sexual; analisou, sob o prisma da Bioética, o princípio da autonomia pessoal e o consentimento informado; os princípios constitucionais; a Lei 17.132 disciplinadora da conduta médica; o Direito comparado e os precedentes jurisprudenciais argentinos.

Ao fim, foi deferida a autorização para a alteração do prenome de P. para T., a indicação de sexo feminino em toda a documentação existente, inclusive escolar, mantendo-se os mesmos números já utilizados; autorização para a intervenção cirúrgica de mudança de sexo ou qualquer outro procedimento necessário para alcançar a adequação dos órgãos genitais e determinação de continuidade de acompanhamento psicoterapêutico.

#### **4 O CASO I.V.L.X / D.L.X., DE MONTES CLAROS, MINAS GERAIS, BRASIL**

Em Montes Claros, cidade do interior de Minas Gerais, onde os valores sociais e religiosos ainda são muito tradicionais, foi proferida Sentença no ano de 2008, processo n.º 433.06.196641-5, autorizando a mudança de nome e indicação do sexo feminino para uma pessoa que havia se submetido a uma cirurgia de transgenitalização.

O transexual I.V.L.X., hoje legalmente denominada de D.L.X., nasceu em 1997, numa família de quatro filhos de sexo orgânico masculino, e de uma única filha. Além de D.L.X., outros dois irmãos são transexuais, sendo D. o único que, no ano de 2006, submeteu-se à cirurgia para a mudança de sexo.

Em 10 de outubro de 2006, I.V.L.X. ajuizou ação requerendo mudança do prenome e do sexo estabelecido em seu registro civil, sob a alegação de que essa alteração ajudaria “evitar a ocorrência de situações humilhantes e vexatórias pelas quais passa quando precisa fazer uso de sua documentação.”. Requereu, ainda, que não houvesse menção sobre a causa autorizadora de tal modificação.

No curso do processo, foram analisadas certidões negativas de Cartórios de Protesto, Cíveis, Criminais e da Polícia Federal; Parecer do Ministério Público; laudos psicológicos realizados antes

e depois da cirurgia, bem como estudo psicossocial. Foram considerados os depoimentos das testemunhas, dentre elas uma professora da Terceira Série primária afirmando que D., além de apresentar características femininas, sempre se portou como mulher. Dentre as falas da professora, consta, em relação a D., que

[...] suas brincadeiras eram com as meninas e que os rapazes costumavam afirmar ser o autor homossexual; que o autor nunca se importou e se vestia com roupas femininas, gostava de se maquiar e o cabelo era mantido grande; que sempre fez sobrancelhas; [...].

Para prolatar a decisão, o Juiz de Direito utilizou também de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais para formar o seu convencimento.

O Juiz de Direito, José Geraldo Mendes Silva, da Segunda Vara de Família da Comarca de Montes Claros, ao proferir sentença em favor de D., expôs, dentre outros, os seguintes argumentos:

[...] o bem jurídico a ser tutelado é a dignidade da pessoa humana [...] Deve o Estado, através do Poder Jurisdicional, assegurar a dignidade da pessoa humana, com garantia da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, sem perder de vista a integridade do Ser em sua felicidade existencial e espiritual.

O homem e a mulher pertencem à raça humana, ninguém é superior. Sexo é tão-somente uma contingência. Discriminar um homem é tão abominável como odiar um negro, um judeu ou um homossexual.

As opções de cada pessoa, principalmente no campo sexual, hão de ser respeitadas, desde que não produzam mal a terceiros.

O pedido foi julgado parcialmente procedente porque o Juiz de Direito determinou que constasse, apenas no registro civil, a observação de que o prenome e o sexo foram alterados em decorrência de decisão judicial, sob a alegação de que

[...] o Direito não possui o poder de retroagir ao passado para impedir situações já consumadas. Ora, no pretérito, o autor era homem e tal situação compõe sua história e deve ser por ele encarada como uma fase de sua vida, a qual não pode ser apagada apenas porque ele assim o quer.

Na Certidão de Nascimento de D., no campo das “averbações, anotações e observações”, consta o seguinte texto: “Há uma averbação de retificação de registro civil conforme sentença proferida pelo MM Juiz de Direito da 2.ª Vara de Família desta Comarca.”.

## 5 O PONTO DE VISTA DOS PAIS DE D.L.X.

Vale a pena destacar a conversa com os pais de D. que não só autorizaram a utilização das informações neste artigo, como também ficaram bastante impressionados com a Sentença argentina aplicada ao caso T.R.L., quando tomaram conhecimento de que a alteração de registro foi feita sem a exigência de cirurgia prévia de mudança de sexo.

Relataram os pais que os dois outros filhos, nascidos em 1975 e 1980, hoje, “filhas”, levam efetivamente vida de mulher, inclusive pelos nomes com os quais se apresentam socialmente. Mas, ambos ainda possuem documentos com nomes masculinos.

No entendimento da Sr.ª M.G.L.X., é uma injustiça uma pessoa precisar passar por tanto sofrimento a fim de obter uma autorização judicial para garantir o direito de efetivamente se tornar quem sempre desejou ser e, conseqüentemente, ter o direito a ser feliz.

Afirmou que reza diariamente para que as duas outras “filhas” não precisem passar pela cirurgia porque, quando a filha D. se submeteu ao procedimento cirúrgico de transgenitalização, teve sérios problemas no pós-operatório com uma infecção quase generalizada, necessitando, praticamente, de refazer a cirurgia e ficar mais trinta dias internada para a recuperação. Relatou que a cirurgia “além de muito agressiva, foi muito dispendiosa”.

A mãe de D.L.X. disse que a decisão da “filha” em fazer a cirurgia foi porque na Itália, onde D. reside, não existe casamento entre pessoas do mesmo sexo e para que a união dela com seu companheiro pudesse ser regularizada pelo casamento, foram necessárias a cirurgia e a mudança de nome de forma legal. O casamento aconteceu no dia 17 jul. 2009, em Milão, Itália, com direito a vestido de noiva e festa.

Segundo o pai de D.L.X., o Sr. J.Z.A.L.X., “a mudança de nome proporcionou a felicidade da filha.”.

Para a mãe, “a mudança de nome é mais importante do que a cirurgia”, porque as outras

filhas Y.A.L.X. – que atualmente se apresenta como R.L.X – e J.Z.O.L.X.J. – atualmente M.L.X. – apesar de não terem feito a cirurgia de mudança de sexo, como D.L.X. optou por fazer, ingeriram hormônio feminino e colocaram prótese mamária. Mas, seus documentos ainda são os do sexo masculino. Por este motivo, são obrigadas a conviver constantemente com diversas situações constrangedoras, como consulta médica, viagens, compras em loja com cartões de crédito, etc.

## 6 DIREITO DA PERSONALIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O doutrinador Amaral (2003, p. 249) define que “Direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual.”. São direitos subjetivos inerentes ao ser humano que o habilitam buscar, de forma ampla, a defesa desses direitos, dos valores neles contidos. São também chamados de direitos personalíssimos.

A proteção aos direitos da personalidade é garantida pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Esse princípio, segundo Amaral (2003, p. 253), “[...] traduz o reconhecimento do valor da pessoa como entidade independente e preexistente ao ordenamento mesmo, dotada de direitos invioláveis que lhe são inerentes.”.

A dignidade da pessoa humana compreende o respeito ao indivíduo em sua totalidade, não há como fragmentar a sua existência e essência para definir seus direitos e deveres. Na universalidade de seus direitos subjetivos estão incluídos o físico – representado não só pelo direito à vida, mas também ao próprio corpo – e o moral, compreendendo a liberdade de opção no direcionamento de sua vida na busca da realização pessoal, da felicidade, de uma vida digna .

A identidade de gênero, isto é, reconhecer-se mulher, querer viver como mulher, mesmo tendo nascido com as características físicas masculinas, utilizar-se dos recursos médicos e estéticos para alcançar esse fim, são direitos constitucionalmente amparados pelo princípio da dignidade humana.

Essa ideia é defendida pelo Juiz argentino Pedro Hoof, na Sentença prolatada no caso T., citando Carlos Santiago Nino:

El “principio de autonomía de la persona” determina que “*siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la*



*adopción de ideales de exigencia humana, el Estado - y los demás individuos - no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida...”* (grifos originais).

Sarlet (2007, p. 62) assim define o que é dignidade humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ainda dentro do tema, Xavier (2004, p. 43), ao tratar da dignidade do ser humano, analisando a Fundamentação da Metafísica dos Costumes de Kant, explica: “o homem é um fim-em-si, isto é, a vedação ético-moral da instrumentalização do homem, a afirmação de que o homem nunca pode ser usado para atingir outra finalidade senão a própria realização enquanto ser.”

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) em seus artigos 1.º, 3.º e 5.º, não só ressalta a importância dos direitos da personalidade como traz em seu corpo uma ampla proteção para a efetivação destes direitos.

Sarlet (2007, p. 113), esclarece:

[...] não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares [...] o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos.

A dignidade da pessoa humana, além de ser um direito inerente à condição de ser humano, é também um direito garantido e tutelado pelo Estado. Mas, o Estado precisa criar mecanismos de proteção aos indivíduos para que possam fazer suas escolhas sem que a ação do próprio Estado ou de outros cidadãos possam criar qualquer óbice contra a liberdade individual.

## 7 COMPARAÇÃO ENTRE ARGENTINA E BRASIL

A Sentença argentina concedendo a mudança de nome para um transexual de P. para T., sem o requisito da realização da cirurgia para a mudança de sexo, demonstra que a Justiça argentina está bem mais avançada do que a brasileira.

Observa-se, através da Sentença, uma maior preocupação dos laudos periciais e da própria Justiça em evitar que T. fosse obrigado a se submeter a mais uma intervenção cirúrgica para, somente depois, ver o seu pleito ser atendido.

O laudo apresentado pela perícia psicológica e psiquiátrica atesta:

[...] en lo atinente a la intervención quirúrgica femeneizante se concluye que atento las experiencias traumáticas sufridas en intervenciones quirúrgicas previas por la persona amparista, resulta imperioso un abordaje psicoterapéutico pre-quirúrgico en el momento oportuno.

Em audiência para oitiva do depoimento pessoal de T., ele aponta as dificuldades pelas quais passou em seu processo de transformação: “se sometió voluntariamente a algunas cirugías, como implante de cadera y luego de mamas, habiendo padecido lamentablemente diversas dificultades a causa de procesos infecciosos postquirúrgicos.”

Resume o pedido de T., o Juiz Pedro Hooft, ao relatar:

Su solicitud actual tiende a obtener autorización judicial, limitada por ahora, al cambio de nombre y género en su Documento Nacional de Identidad, aunque su idea es más adelante, y prolongado el tiempo necesario de terapia psicológica, optar eventualmente por la intervención quirúrgica de “cambio de sexo”.

Para fundamentar a resposta positiva dada ao pedido inicial, o Juiz Pedro Hooft traz reflexões doutrinárias para demonstrar que, decidir questão

tão complexa, como o caso de transexualismo, requer contemporizar a “visión desde afuera”, baseada em normas e teorias e a “visión desde adentro” que é a decisão do Magistrado no caso concreto, ponderando cada fato relevante do caso, incluindo o depoimento pessoal da parte, “[...] siempre a la luz de valores, principios y derechos constitucionales y los emergentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, mesmo que a adoção de determinado ponto de vista sacrifique algumas questões teóricas.

O Comitê de Bioética argentino questiona, em seu laudo, se, para a concessão da mudança de nome, é necessário exigir que o transexual conclua sua transformação com o processo cirúrgico que pode não ocorrer por razões econômicas, médicas ou quaisquer outras. Defende o laudo a necessidade de se “priorizar el sexo social y psicológico sobre el morfológico.”.

Considera o MM. Juiz, na Sentença, que um pronunciamento denegatório para o pedido de mudança de nome “[...] **significaría sin más prolongar una marginación e uma discriminación ilegítima**, condenando al afectado al **ostracismo**, hasta tal punto de colocarlo em uma situación asimilable a la **‘muerte civil’**.”. (grifos originais)

Baseando-se também nas jurisprudências acostadas na sentença, o Juiz Pedro Hooft decidiu a causa autorizando a mudança do prenome e da indicação de sexo feminino no registro de nascimento.

No Brasil ainda há uma exigência maior da realização do procedimento cirúrgico de mudança de sexo para, somente depois, o Poder Judiciário autorizar a mudança de nome para os transexuais. Em contrapartida, a cirurgia pode ser realizada independentemente de autorização judicial, diferentemente do que ocorre na Argentina, onde a Lei 17.172, com vigência para a cidade de Buenos Aires e aplicada analogicamente em outras jurisdições do país, só permite a realização da cirurgia mediante autorização, conforme exposto pelo MM. Juiz na peça decisória, assim: “Dicha ley en su artículo 19 numeral 4 dispone una prohibición para los profesionales de la medicina de ‘llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo... salvo que sean efectuadas con posterioridad a una **autorización judicial**’.”.

Na ausência de lei específica no Brasil, o Conselho Federal de Medicina, por meio de Reso-

luções, disciplina o assunto autorizando aos médicos realizarem a cirurgia de mudança de sexo sem fazer qualquer referência à autorização judicial. Em agosto de 2008, o Ministério da Saúde publicou Portaria n.º 1.707 determinando que Sistema Único de Saúde (SUS), do Governo Federal, realizasse a referida cirurgia em hospitais públicos, ressaltando que, em sua realização, devem-se observar as mesmas condições estabelecidas na Resolução do CFM.

Enquanto não há edição de lei no Brasil que efetivamente atenda aos interesses dos transexuais, as Resoluções do CFM, desde 1997, amenizam os problemas dessa categoria ao permitir a realização de cirurgias de transgenitalização. Mas, se a Resolução brasileira do CFM e a Lei 17.132 argentina auxiliam os transexuais a completarem a transformação física, o mesmo auxílio legal não se encontra em relação à alteração do nome.

No Brasil, a alteração do nome poderia ser feita aplicando a Lei dos Registros Públicos, Lei 6.015, de 31 dez. 1973, que dispõe, dentre outras coisas, sobre algumas hipóteses em que se permite a alteração do nome e, especificamente, traz em seu artigo 58 a possibilidade de substituição do prenome, quando se é mais conhecido por um nome diferente daquele que consta no registro de nascimento. Ou, ainda, quando a referida norma permite a alteração do nome ou do prenome por causar constrangimentos ao seu portador. Observa-se que não há impedimentos para a substituição do prenome, apenas a presença dos requisitos da notoriedade ou do constrangimento ocasionado ao seu portador.

A partir desta análise, fica latente a questão: esta não é a situação do transexual? Ser conhecido e identificado por todos não pelo nome de registro, mas por um nome de eleição e ainda sempre sofrer o constrangimento ao utilizar o nome oficial?

A ex-Procuradora-Geral da República, Deborah Duprat, propôs no Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.275), pendente de decisão, para que fosse dada uma interpretação em conformidade com Constituição da República Federativa do Brasil ao art. 58 da Lei 6.015/73, a partir da redação dada pela Lei 9.708/98, a fim de reconhecer o direito dos transexuais a substituírem o prenome e sexo no registro civil, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização. Segundo a ex-Procuradora<sup>5</sup>:

<sup>5</sup> <[http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_constitucional/pgr-propoe-adi-para-que-transexuais-tenham-direito-a-mudar-nome-e-sexo-no-registro-civil](http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/pgr-propoe-adi-para-que-transexuais-tenham-direito-a-mudar-nome-e-sexo-no-registro-civil)>. Acesso em: 10 mar. 2011.



impor a uma pessoa a manutenção de um nome em descompasso com a sua identidade é, a um só tempo, atentatório à sua dignidade e comprometedor de sua interlocução com terceiros, nos espaços públicos e privados. O não reconhecimento do direito dos transexuais à troca de prenome e sexo correspondente à sua identidade de gênero viola preceitos fundamentais da Constituição como os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade e da privacidade (art. 5º, *caput*, e inciso X). Esta ação ainda aguarda julgamento.

O que a ADI 4.275 requer é que o Brasil possa oferecer aos cidadãos brasileiros, que assim o desejarem, o direito de ter seus pedidos julgados procedentes para, mesmo sem cirurgia de transgenitalização (mudança das características da genitália), mudarem os nomes em todos os seus documentos.

Somente quem vivenciou situação de preconceitos, constrangimentos por ser um transexual, é capaz de avaliar o alívio de poder levar uma vida normal, sem conflitos existenciais e de identidade. Segundo Anúnciação (2010), o depoimento de Desirre Alexandra Chiarini, ex-Hudson Alexandre Chiarini, que somente aos 37 anos, quatro anos após ter-se submetido à cirurgia, teve seu nome alterado, exemplifica bem a situação:

Hoje posso ter uma conta corrente, cartão de crédito e todos os documentos registrados com meu nome feminino e sinto muita alegria em viver. Antes tudo era muito difícil pra mim. Até meu histórico escolar onde consta minha conclusão de estudo foi emitido em nome de Desirre. Sou uma pessoa bem melhor que antes.

Coincidência ou não, desde a edição da Resolução n.º 1.652/2002, do CFM (que foi revogada pela Resolução CFM 1.955/2010, que passou a regular o assunto), que eliminou o caráter experimental da cirurgia, há registro no Brasil de duas decisões, ambas do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS. AC 70011691185, 8.ª C.Cív. Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert, julgado em 15/09/2005; e TJRS. AC 70022504849, 8.ª C. Cív. Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 16/04/2009) sobre alteração do registro de nascimento para a mudança de nome e sexo independentemente da cirurgia de transgenitalização. No Estado do Rio de Janeiro,

há uma decisão de primeira instância também favorável.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo dos casos concretos de P.R.L. / T.R.L. e I.V.L.X. / D.L.X., inevitavelmente, remeteu a uma série de reflexões sobre os interesses sociais individuais e o Direito como ciência mediadora, pacificadora e garantidora da plena realização dos cidadãos.

Ficou demonstrado, pelas Sentenças, em especial pela Sentença argentina, que os direitos subjetivos, chamados de direitos da personalidade, são amplamente protegidos pelos princípios constitucionais, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que é comentado e defendido pelos Magistrados, jurisprudências, resoluções, leis, portarias, correntes doutrinárias, peritos, dentre outros.

Não há como deixar de verificar nas situações reais expostas quantas barreiras, quantas lutas o transexual tem que enfrentar para, efetivamente, poder alcançar o direito de ser quem realmente sempre desejou.

São longos anos vividos entre a infância, adolescência até atingir a capacidade civil, com preconceitos, humilhações e constrangimentos, quando, só então, pode-se optar por procedimentos capazes de, realmente, concretizarem as transformações desejadas. Mas, ainda assim, é preciso esperar alguns anos por uma decisão judicial que possa atender aos seus anseios.

Na Argentina, é necessária autorização judicial para a realização da cirurgia. Em compensação, é possível conseguir a mudança de nome independentemente de a pessoa ter-se submetido à cirurgia.

Por outro lado, no Brasil, a cirurgia pode acontecer sem que seja necessária autorização judicial. Entretanto, para a mudança de nome, o Poder Judiciário tem exigido, na maioria das vezes, que o solicitante já a tenha realizado.

Cautela é de fundamental importância para a segurança jurídica, principalmente quando se trata de assunto de tamanha importância. Mas, percebe-se que na Argentina a situação é muito mais favorável para os transexuais, uma vez que eles podem optar pela não realização da cirurgia.

O direito ao nome e à identidade compõe os direitos da personalidade. E o pleno exercício desses direitos é garantido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da Constituição Brasileira.

Não há como esconder que o preconceito, alimentado pelos tabus e dogmas religiosos, é elemento de grande influência social e, por que não dizer, no Direito. Inegável também que, a despeito dos avanços legislativos, as pessoas ainda resistam às mudanças de comportamento, principalmente quando o tema em questão está ligado à sexualidade.

Mas, não se pode permitir que, em tempos de tantos avanços científicos e tecnológicos de um mundo globalizado, quando o clamor pela defesa dos Direitos Humanos marca as grandes questões políticas mundiais, a sexualidade dos indivíduos seja razão de afrontamento e desrespeito ao mais valioso princípio constitucional, que é a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ANUNCIACÃO, Júlio. Homossexuais e cidadãos: direito dos gays estão fora da legislação brasileira e decisão do STJ pode inaugurar nova era. In: *Pela Ordem*, Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais, Ano I, n. 3, maio/junho, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 jan. 1996.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria n.º 1.707, de 18 de agosto de 2008. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transsexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.
- Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 ago. 2008.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n.º 1.652, de 6 de novembro de 2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM n.º 1.482/97. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil* n. 232, Brasília, DF, 2 dez. 2002, seção 1, p. 80. (Revogada pela Resolução CFM n.º 1.955/2010).
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n.º 1.955/2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM n.º 1.652/2002. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 set. 2010, seção 1, p. 108-110.
- GRANER, Bárbara. Travestis transexuais: da resignificação ao protagonismo político. Disponível em: <[www.prr3.mpf.gov.br/.../ApresentaçãoTravestilidade-BárbaraGraner.ppt](http://www.prr3.mpf.gov.br/.../ApresentaçãoTravestilidade-BárbaraGraner.ppt)>. Acesso em: 15 mar. 2011.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. CID- 10. *Classificação estatística internacional de doenças e problemas relacionados à saúde*. São Paulo: EDUSP, 1996. (10.ª revisão.)
- PANORAMA Legal / Jurisprudência. Sentença. Juiz Pedro H. Hoofst/2008. Disponível em: <<http://www.bioeticaclinica.com.ar/>>. Acesso em: 20 fev. 2011.
- PORCHAT, Patrícia. A dança dos gêneros. *Revista Mente e Cérebro*, São Paulo, ano XV, n. 185, jun. 2008, p. 44-49.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

## A SEGURANÇA DA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA EM FACE DA FRAGILIDADE DO CONTRATO

Waldir de Pinho Veloso<sup>1</sup>

### RESUMO

Há alguns tipos de títulos válidos para a transferência da propriedade de imóveis. Considerando que o normal, em se tratando de atos *inter vivos*, é que haja a venda, a escritura pública de compra e venda é o instrumento hábil. Deve ser lavrado no Tabelionato (ainda conhecido como Cartório) de Notas para ser levado para registro no Serviço (Cartório) de Registro de Imóveis da Comarca na qual se situa o imóvel. Há pessoas que adquirem um imóvel e não providenciam a imediata lavratura da escritura de compra e venda. Fazem apenas um contrato de compra e venda, mesmo sabendo – ou devendo saber – da insegurança que acompanha este instrumento. E, assim, correm enorme e desnecessário risco de vir perder o imóvel pelo qual pagou – muitas vezes, sem possibilidade de ressarcimento ou indenização do prejuízo. O presente estudo destaca a segurança de uma escritura pública registrada no Registro Imobiliário e, contrariamente, a fragilidade de um contrato de compra e venda que tem por objeto um imóvel que, muitas vezes, é o maior – ou único – e vultoso investimento de toda a vida de uma pessoa.

**Palavras-chave:** Compra e venda de imóveis. Escritura pública registrada. Segurança jurídica. Compromisso de compra e venda.

### ABSTRACT

There are some types of valid titles to the transfer of ownership of real estate. Whereas the normal, when it comes to *inter vivos* acts, is that there is a sale, the public deed of purchase and sale is the skilled instrument. Should be drawn up in a Registry Office to be taken to the real estate registration service (Registry) of the District in which the property is situated. There are people who buy a property and do not provide the immediate drawing

up of the deed of sale. Make just one sale and purchase agreement, even knowing – or should have known – the insecurity that accompanies this tool. And, so, one take huge and unnecessary risk of losing the property by which paid – often with no possibility of compensation or indemnity of the injury. This study highlights the security of a public deed registered in the Real Estate Registry and, conversely, the fragility of a purchase and sale agreement with a object that, often, is the largest – or single – and huge investment or of the whole life of a person.

**Keywords:** real estate buying and selling. Public registered deed. Legal certainty. Purchase and sale agreement.

### 1 INTRODUÇÃO

Há pessoas que adquirem um imóvel e não fazem a necessária escritura pública de compra e venda. Para este fato, a única explicação plausível é a vontade livre, consciente e deliberada de causar prejuízo ao erário público. Trata-se de sonegação fiscal.

Todos têm conhecimento – não há como negar – que a propriedade imóvel somente se transfere com o registro da escritura pública perante o Serviço de Registro Imobiliário (Cartório de Registro de Imóveis). Antes que seja feita e registrada uma escritura pública, o imóvel que fora vendido (por instrumento particular ou mesmo por acordo não escrito) continua sendo tido como de propriedade do vendedor. Um imóvel é de propriedade da pessoa em cujo nome está registrado no Cartório de Registro de Imóveis (CRI).

Uma vez validamente registrada uma escritura em Serviço de Registro de Imóveis (SRI), um bem imóvel somente pode sair deste nome pelos procedimentos legais. Dentre eles, a manifesta-

<sup>1</sup> Mestre em Linguística pela Universidade Federal de Uberlândia. Graduado e Pós-Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros. Professor da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Escritor. Oficial de Registro Civil, concursado.

ção de vontade expressa em um título translativo como uma escritura de compra e venda, de doação ou de permuta, ou por ordem de um Juiz de Direito após o trâmite de um processo frente ao Poder Judiciário. É o princípio da continuidade registral. Em razão de tal princípio (e os princípios são fontes do Direito, assim como a lei o é), não há quebra do encadeamento dos registros e averbações, sendo, destarte, impossível o bem “sair” do Registro Imobiliário de um nome por meios ilegais ou “saltar” um nome para beneficiar um terceiro da relação.

Quanto aos bens imóveis, há várias qualidades de títulos translativos, documentos eficazes para que a propriedade imóvel saia do nome de um proprietário e se acheque, validamente, à propriedade de outrem. O título translativo que beira a totalidade das espécies existentes é a escritura pública de compra e venda. Exatamente por isso, o presente estudo jogará toda a sua ênfase nesse importante documento: escritura pública de compra e venda de bens imóveis.

O fato de ainda existirem pessoas que, imediatamente após adquirirem um imóvel, não fazem a competente escritura de compra e venda e/ou não a levam a registro no Serviço de Registro de Imóveis é o que justifica o presente artigo.

Para o desenvolvimento do estudo, foi utilizada a pesquisa bibliográfica. A interpretação das leis que regem o segmento e outras doutrinas quanto ao Direito Registral e ao Direito Notarial são subsídios presentes no texto.

## 2 A ALEGAÇÃO DA INOCÊNCIA

Normalmente ao se verem em dificuldade em razão da ausência do ato do registro de uma escritura pública, há pessoas que alegam que não sabiam da necessidade do registro de escritura no Serviço de Registro de Imóveis. Seria como dizer que são inocentes, mesmo diante de robustos indícios ou impossibilidades manifestamente externas de desconhecimento.

Não vale o argumento de que o adquirente de um imóvel desconhece a necessidade de lavrar validamente uma escritura de compra e venda em um Serviço Notarial e, imediatamente, registrá-la no Serviço Registral. Primeiramente porque quem não detém conhecimentos específicos deve se cercar de assessoria confiável e capaz. E é de domínio público – do conhecimento comum – e mais do que consabida a máxima de que “quem não registra não é dono.”. Ou, inversamente, mas

com igual resultado, “Só quem registra é dono.”. Esta assertiva é a interpretação mais popularizada – de maior e ampla capilaridade, e que desbrava qualquer canto do Brasil – da regra definida nos artigos 1.227 e 1.245 do Código Civil, cujos detalhes estarão em linhas que a estas se sucedem.

Para culminar a afirmação de que não se pode alegar que se desconhece uma norma para obter isenção de culpa ou dolo, há o contido no Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, por muito tempo denominado Lei de Introdução ao Código Civil e cuja ementa passou a ser “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro” por determinação da Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Traz assim tal ordenamento jurídico:

**Art. 3.º** Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Sem razão, destarte, qualquer argumento em contrário. A lei é feita para ser obedecida. Se injusta é, há meios para recolocá-la nos eixos do que é reto, do correto, do justo. Mas, apenas para colmatar o tópico, uma lei que comanda todas as demais leis brasileiras desde 1942 – como é o caso da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – é digna de ser mais do que enquadrada no conceito de Justiça.

## 3 O TÍTULO TRANSLATIVO

Translativo é o título que transfere a propriedade. Por atos entre vivos, o título translativo mais comumente utilizado é a escritura pública de compra e venda. Há ainda escritura pública de doação, de permuta de bens imóveis, de dação em pagamento, de desapropriação amigável e da incorporação de bens imóveis ao capital de empresas. Mas, outros títulos ainda há. Uma Sentença Declaratória de Usucapião, um Auto de Arrematação, um Formal de Partilha, uma Sentença de Adjudicação e outros documentos oriundos do Poder Judiciário – conseguidos após uma longa ação judicial – também podem ser levados diretamente ao Cartório de Registro de Imóveis para ser registrados. E, uma vez registrado este título, a propriedade é retirada do nome do antigo proprietário e passa para a titularidade e domínio do adquirente.

Melhor ainda: somente com o registro do título translativo é que opera a transferência do antigo para o novo proprietário.



Título é o instrumento translativo – que transfere – de propriedade. Aperfeiçoa-se com a manifestação de vontades, livres e conscientes, perante o Tabelião de Notas, quanto ao dispor de uma coisa imóvel (atitude do vendedor) e, em comumhão, quanto ao ato de adquirir a mesma coisa (competência do comprador). É, portanto, o título uma escritura que visa transferir a propriedade imóvel do vendedor ao comprador. É uma escritura pública porque somente tem validade quando lavrada em um Serviço Notarial (Cartório de Notas).

Título translativo é a causa da disposição por parte de alguém e, em contrapartida, da aquisição por parte de outrem, por ser bilateral um contrato de compra e venda. A sua forma é a pública. A solenidade determinada pela lei consiste na junção dos dois elementos (o título como a causa da transferência; e a publicidade como o modo fixado para validade) que estão presentes em duas oportunidades: no ato da lavratura da escritura pública frente ao Tabelião de Notas ou Notário, e quando do registro perante o Registrador de Imóveis.

Considerando que a maior parte das transações entre vivos se dá por meio da compra e venda, o presente estudo se mostra centrado na escritura pública de compra e venda. Sem desprezo dos demais títulos translativos.

Por sinal, a exigência da escritura pública como ato solene é determinada no artigo 108 do Código Civil. E as características intrínsecas e extrínsecas de uma escritura pública estão descritas no artigo 215 do mesmo Código. Como complemento do estudo, a Lei dos Registros Públicos, de número 6.015, de 31-12-1973, dá o norte, em nível nacional, para todo o sistema registral.

Em se tratando de escritura de compra e venda de imóvel, a Lei 7.433, de 18-12-1985, traz uma série de documentos necessários à instrução do ato de sua lavratura. O seu Regulamento é Decreto 93.240, de 9-9-1986.

E, ainda que não haja uma forma fixa para o ato de lavratura da escritura pública – a redação fica a cargo do Tabelião, motivo pelo qual a escolha do Tabelião também deve levar em consideração a qualificação profissional que detém – a solenidade fixada pela Lei 6.015, de 1973, quando da apresentação do título translativo para registro serve como um aparador de arestas, um corretor dos atos inacabados, um controlador das impropriedades até então existentes.

#### **4 O SISTEMA MUNDIAL DE TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE IMÓVEL**

A transferência de propriedade imóvel somente se dá por meio do registro da escritura pública (lavrada em Serviço Notarial) ou outro título translativo em Cartório de Registro de Imóveis. Assim acontece em, praticamente, todo o mundo.

O estudo pormenorizado mostra que somente três Estados (países) do mundo aceitam o contrato de compra e venda como instrumento hábil à transferência da propriedade. Inicialmente, a lei francesa assim o determina. A modalidade serviu de modelo para Portugal e Itália. Obviamente, não se trata de um contrato celebrado sem muitas solenidades. Ao contrário.

No restante do mundo, a transferência de propriedade imóvel se dá por meio de um ato solene em duas etapas ou, melhor ainda, dois atos solenes: a lavratura da escritura de compra e venda em um Serviço Notarial e o registro, no Serviço Registral, da escritura que foi legalmente lavrada.

Exceto na França, em Portugal e na Itália, o ato solene maior é a lavratura da escritura de compra e venda no Serviço Notarial, com o comparecimento e identificação dos outorgantes e outorgados, que devem assinar o documento na presença do Tabelião de Notas. Por sinal, da escritura pública deve constar, dentre os elementos, o fato de terem comparecido (pessoalmente ou por procuração igualmente pública) os outorgantes e outorgados, e que todo o texto foi lido pelas partes ou lido pelo Tabelião às partes. As assinaturas são presenciadas – ou caso queiram, fiscalizadas – pelo Tabelião de Notas, garantidor da autenticidade de que as partes requereram aquela formalização das vontades recíprocas, livres e conscientes.

Após solenemente lavrada uma escritura pública, o próximo ato igualmente solene é a providência do seu competente registro. Por sinal, o ato que, definitivamente, transfere a propriedade imobiliária. Exceto na Alemanha, qualquer pessoa pode levar a escritura ao Serviço Registral para, verbalmente, requerer o seu registro. Significa dizer que a presença de vendedores e compradores somente é necessária quando da assinatura da escritura, na presença do Tabelião de Notas. Para compensar, o Serviço Registral tem regras definidas na Lei de Registros Públicos. E somente acei-

ta o título translativo para registro se e somente se houver o cumprimento de todos – necessariamente todos – os requisitos.

O sistema alemão é mais complexo: o contrato de compra e venda é celebrado contendo diversas solenidades. Equivale à escritura de compra e venda. E, para o registro perante os Serviços (Cartórios) de Registro de Imóveis, há a determinação imperiosa de, novamente, a presença dos signatários para manifestar, novamente, a vontade e assinar o requerimento de registro. A norma está gravada no Código Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch, em razão desse nome, divulgado no Brasil como BGB, já que o último “b” é de “buch”, parte final da segunda palavra, e da qual originou “book”, em inglês) promulgado em 1896 e que entrou em vigor em 1900. Sobre o sistema alemão de transferência de propriedade imobiliária, há bons fundamentos em Venosa (2003, p. 169-170).

A escritura pública lavrada no Serviço Notarial e registrada em Serviço Imobiliário traz a segurança ao negócio jurídico. São crivos ou barreiras pelas quais somente os atos legais traspasam. O controle da propriedade é feito, principalmente, pelo Serviço Registral, que impede a transferência, por atos ilícitos ou nulos, da propriedade.

## 5 A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE IMÓVEL NO BRASIL

O sistema brasileiro de transferência de propriedade imobiliária é resultado da fusão dois sistemas que valorizam as pessoas (compradores e vendedores) e a coisa (o bem imóvel, no caso). As pessoas podem, para facilidade e opção pessoal, escolher o Tabelionato de Notas em qualquer parte do Brasil para a lavratura da escritura pública imobiliária (sistema desenvolvido na França). Somente nesse Serviço Notarial as partes têm que comparecer, por si ou por bastantes procuradores. Mas, a segurança e a transferência se dão com o registro, no Registro Imobiliário da Comarca em que se situa o imóvel (sistema evoluído na Alemanha), da escritura pública previamente lavrada. Somente assim procedendo (lavratura obrigatória da escritura em um Serviço Notarial e o registro da escritura no Serviço Registral), há a transferência do domínio. Somente assim se conseguem a oposição válida contra todos e a continuidade dos registros públicos.

Oferta o sistema, também, a segurança jurídica para quem está adquirindo o imóvel. Por saber que tanto o registro quanto qualquer empec-

lho quanto à transferência válida do imóvel (uma hipoteca ou outro gravame como a penhora ou determinação judicial de indisponibilidade) ficam obrigatoriamente registrados (ou averbados à margem do registro já feito) no Serviço Registral Imobiliário que tem jurisdição sobre o local em que se situa o imóvel, a existência de certidão negativa de gravames indica a segurança para o comprador.

A transferência da propriedade imobiliária no Brasil já foi regulada pelo Decreto Legislativo 4.857, de 9-11-1939. Em 1973, este Decreto foi revogado pela Lei 6.015, de 31 de dezembro. Ainda em vigor, atualmente, a Lei 6.015/73 coexiste com a Lei 8.935, de 18-11-1994. Sempre, no sentido de que:

- para que se concretize a transferência da propriedade imobiliária, há obrigatoriedade de lavratura de escritura pública em Tabelionato de Notas, e, também de forma obrigatória, há que ser feito o registro de tal escritura no Serviço de Registro de Imóveis;
- os títulos translativos quanto a imóveis somente são registráveis no Serviço Registral que tem jurisdição no local (na Comarca) em que situa o imóvel;
- se o título translativo é uma escritura pública, pode ser lavrada em qualquer Tabelionato de Notas do Brasil, em obediência à livre escolha das partes envolvidas na transação; se oriundo do Poder Judiciário, a regra da competência está nos artigos 94 e seguintes do Código de Processo Civil;
- os gravames são apontados no Serviço Registral em que está registrado o imóvel.

Todos esses elementos se emboquem no conceito de confiabilidade, por parte do comprador – de resto e muitas vezes, quem está investindo as economias amealhadas durante uma vida de trabalho – ao adquirir um imóvel cujas certidões, emitidas pelo Serviço Registral, apontam a inexistência de óbices à sua livre e incondicionada transferência a qualquer pessoa.

A firmeza é tão máscula quanto à imprescindibilidade una de escritura de compra e venda registrada para a transferência da propriedade imóvel que há, somente no Código Civil, duas determinações. A primeira, é a seguinte:

**Art. 1.227.** Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no



Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

O artigo 1.245 do Código Civil traz extrema clareza ao descer a detalhes quanto à propriedade de um imóvel. Um deles é que mesmo que todos os indícios carreguem para a evidência de que alguém vendeu um imóvel a outrem, enquanto não for registrado o título translativo no Registro Imobiliário, o “reconhecido vendedor” continuará sendo, para todos os efeitos, o proprietário do bem – e funciona como se não efetuada a venda. Isto porque não a consolidou com a transferência do domínio. Pode até transferir a posse, mas o domínio – o título de senhor e proprietário – somente se transfere com a matrícula do imóvel, em nome do comprador, no Registro Imobiliário.

Outro ponto que a lei deixa claríssimo é que se uma venda for anulável, enquanto a Sentença não anular a transferência e ser esta Sentença averbada no Serviço de Registro Imobiliário, o imóvel continuará como sendo de propriedade do comprador (o que tem um título translativo anulável em seu nome).

A íntegra do artigo 1.245 do Código Civil é a seguinte, e confirma o que foi explicado até aqui:

**Art. 1.245.** Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1.º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2.º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Quando o § 1.º do artigo 1.245 do Código Civil dispõe que “Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.”, diz, claramente, que, sendo o imóvel de propriedade da pessoa que, na prática já até o vendeu, será este bem próprio para garantir dívidas. Ou para venda a outra pessoa. Em palavras simples, o imóvel pode ser penhorado para quitar quaisquer dívidas de quem o vendeu (mas ainda não foi feita escritura e esta não foi registrada em Cartório de Imóveis). Isto, para referência a atitudes apenas fora da vontade do vendedor. De outro giro, se este vendedor quiser, a verdade é que poderá vender o mesmo imóvel a diversas

outras pessoas. E assinar quantas escrituras públicas de compra e venda pretender. Em linhas gerais pode-se dizer que quem, portador de uma escritura pública (ou outro título translativo) chegar primeiramente ao balcão do Serviço de Registro de Imóveis e protocolizar o pedido de registro será o dono (o Código Civil dispõe: “Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.”). Aos demais prejudicados – os que não conseguirem registrar o título translativo porque alguém já o fez anteriormente – restará apenas um pedido de indenização junto ao vendedor.

Sem querer alarmar, é bom lembrar que o vendedor que aliena um imóvel mais de uma vez e que não tiver outro imóvel disponível (não pode ser o único imóvel residencial, pois este é impenhorável conforme Lei 8.009, de 29-3-1990, e não podem ser também penhoráveis os rendimentos pecuniários provenientes de salário, ou equivalentes) não terá como indenizar a ninguém. Pode até ser que o autor da ação a ganhe, mas não terá como receber a indenização condizente. Quanto ao imóvel vendido a mais de um, impossível a retomada por parte de quem chegar em segundo lugar ao Cartório para pedir o registro da escritura, pois quem primeiramente o registrou é o dono. E pronto.

Restou dito que não são raras as pessoas que adquirem um imóvel e não fazem a escritura de compra e venda. Assim, o imóvel continua, para todos os efeitos, sendo de propriedade de quem – apenas na prática – o transferiu. Se ocorrer algum fato modificativo do estado da pessoa alienante, o adquirente não conseguirá fazer a transferência do imóvel para o seu nome. Por condição biológica, o fato que mais normalmente acontece, quanto à alteração de estado, é o falecimento do vendedor. Não há como ser transferido o imóvel para o nome do adquirente se o vendedor não é vivo no momento em que se dependeria da sua assinatura na escritura pública. Ainda que haja procuração pública autorizando outrem a fazer, em nome do vendedor, a transferência do imóvel. Isto porque, conforme o artigo 682 do Código Civil, o mandato – e a procuração é o instrumento do mandato – se extingue, dentre outras causas, quando há a morte de uma das partes. Mas, há outros fatores. Por um acidente ou por uma doença, o vendedor pode vir a se tornar absolutamente incapaz. Para este fato, a previsão do Código Civil é de clareza solar:

**Art. 3.º** São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de dezesseis anos;
- II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Outra forma de mudança de estado é quando o vendedor solteiro se casa. Com maiores detalhes, pode ser que um vendedor casado outorgue uma procuração para venda de um imóvel e tenha a assinatura de seu cônjuge; e, antes da utilização da procuração para a transferência de um imóvel, venha o cônjuge a falecer; nesse caso, embora o imóvel esteja registrado e nome do vendedor, há invalidade da procuração, porque a outorga conjugal foi expressa em uma procuração que se extinguiu quando do falecimento de uma das partes outorgantes. Se pessoa solteira outorga uma procuração para alguém assinar por ela uma escritura de um imóvel e se casa antes de o bem imóvel ser transferido, essa mudança do estado de solteiro para casado – exceto pelo regime de separação absoluta de bens, conforme artigo 1.647 do Código Civil – representa a perda de validade da procuração, passando a ter necessidade da assinatura do cônjuge do vendedor. E se a venda foi feita pela pessoa solteira e, antes da assinatura da escritura ela se casa, haverá necessidade de assinatura do cônjuge no título em estudo, exceto se o casamento se deu pelo regime de separação absoluta ou total de bens. Exceção que, por sinal, apareceu no regime jurídico brasileiro em 2003, com a vigência do Código Civil, já que, até então, mesmo se o regime de casamento fosse de separação absoluta de bens, a propriedade imóvel prescindia da assinatura de ambos os cônjuges para que houvesse a transferência (artigo 235 do Código Civil de 1916, revogado pelo Código Civil de 2002, que entrou em vigor em 10-1-2003).

Ainda quanto ao falecimento do vendedor antes de o adquirente fazer a competente escritura pública de compra e venda, para, em vida e dentro da plena capacidade, o vendedor a assinar, o bem precisará entrar no inventário do falecido. Exatamente porque, sem escritura registrada que altere a titularidade do imóvel, ele continua a ser, para todos os efeitos, como propriedade da pessoa em cujo nome estiver registrado – no caso, o vendedor. E, conforme artigo 1.784 do Código Civil (o que os franceses chamam de direito da

*saisine*) no exato momento do falecimento de uma pessoa, os seus bens são transferidos aos seus herdeiros e sucessores. E, para que um bem saia do nome de uma pessoa falecida e passe para o nome dos herdeiros e sucessores, há necessidade do processo de inventário. Enquanto não se terminar o processo de inventário e partilha, não há transferência plena do título da propriedade já transferida, automaticamente, no momento exato da morte do autor da herança. Logo, enquanto não se chegar ao bom fim da fase de partilha dos bens, os bens em nome do falecido pertencerão ao espólio (artigos 2.012 a 2.022 do Código Civil) e não aos herdeiros de forma individual. Muito menos, a quem o comprou e não fez e registrou a escritura pública.

O espólio é uma massa patrimonial sem personalidade jurídica, e que se apresenta como objeto de uma ficção jurídica, de vida efêmera e condicionada à duração do processo de inventário e partilha. A lei lhe autoriza estar até em juízo (artigo 12 do Código de Processo Civil) e o patrimônio que o integra é um condomínio determinado por lei (parágrafo único do artigo 1.791 do Código Civil). É representado pelo inventariante (artigo 12 do Código de Processo Civil, e artigo 1.991 do Código Civil).

A existência de um contrato particular de compra e venda não transfere a propriedade de um imóvel. E, se o proprietário vier a falecer, o bem deve inicialmente integrar a massa do inventário e, após destinado a um dos herdeiros, e apenas e tão-somente se este quiser, fará a transferência por escritura válida para o adquirente. Alternativa é o adquirente, por meio de um Advogado, requerer a entrada no processo de inventário, juntando o seu contrato de compra e venda. E esperar o fim do inventário. Não apenas esperar: trabalhar para que o Juiz de Direito reconheça a validade do compromisso e, ao fim, expeça Sentença de Adjudicação que qualifique o adquirente como credor da herança e lhe destine o bem compromissado (artigo 988, inciso VI do Código de Processo Civil, e artigo 167, inciso I, número 24, da Lei 6.015, de 31-12-1973).

Após o interessado/adquirente adentrar no processo de inventário, e se todos os herdeiros concordarem plenamente, poderá o Juiz de Direito expedir alvará autorizando que o inventariante assine a escritura pública de compra e venda, como foi garantido pelo Tribunal de Justiça do Estado de

São Paulo no Agravo de Instrumento AG 5797924600, em Acórdão da 1.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, da lavra do Desembargador Guimarães e Sousa, em 4-11-2008, e publicado em 17-11-2008. Situação que somente tem lugar se os herdeiros e sucessores forem, todos, maiores e capazes. Em havendo interesse de menores ou incapazes, o Ministério Público deverá acompanhar o processo e não permitirá transferência de propriedade nessas condições, porque em prejuízo aos interesses desses menores ou incapazes.

Há outros julgados que guardam pertinência com o tema ora exposto. Um deles encontra-se a seguir colacionado.

PEDIDO DE ALVARÁ. Pedido de outorga de escritura definitiva de lotes de terreno, formulado no interesse de espólio em face de outro espólio. Falecido promitente comprador que teria quitado o preço. Cabimento, em tese, do pedido de alvará, desde que não haja recusa da inventariante do espólio devedor. Exegese do art. 1.997, § 1.º, do Código Civil. Legitimidade ativa dos herdeiros para pedido de outorga de escritura em benefício de todos os condôminos, em razão do princípio da *saísine*. Alvará deferido para o recebimento da escritura. (TJSP. AC 5744254600. Relator: Desembargador Francisco Loureiro. Julgamento: 28-8-2008. Órgão Julgador: 4.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado. Publicação: 10-9-2008).

Considerando que há referência ao artigo 1.997 do Código Civil, exato e apropriado é o momento para lembrar que, sim, o espólio responde pelas dívidas do falecido, dentro das forças do patrimônio transferido pelo evento morte. Dessa forma, mesmo que tenha uma pessoa vendido o imóvel ainda não transferido, a sua morte indica que, primeiramente, deve o espólio quitar, obrigatoriamente, todas as dívidas. E somente haverá distribuição do patrimônio que sobejar ao necessário à quitação das obrigações pecuniárias. Inclusive e especialmente, com os tributos. Herda-se o que ultrapassa as dívidas do espólio.

E, quando terminado o inventário e feita a partilha, cada herdeiro responderá por parte da dívida, na proporção do que recebeu de herança.

Para a obtenção do bom resultado, o credor deverá tomar providências em prazos decadenciais. O teor do artigo é explicativo, a saber:

**Art. 1.997.** A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a

partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.

§ 1.º Quando, antes da partilha, for requerido no inventário o pagamento de dívidas constantes de documentos, revestidos de formalidades legais, constituindo prova bastante da obrigação, e houver impugnação, que não se funde na alegação de pagamento, acompanhada de prova valiosa, o juiz mandará reservar, em poder do inventariante, bens suficientes para solução do débito, sobre os quais venha a recair oportunamente a execução.

§ 2.º No caso previsto no parágrafo antecedente, o credor será obrigado a iniciar a ação de cobrança no prazo de trinta dias, sob pena de se tornar de nenhum efeito a providência indicada.

Em continuidade à exposição, cita-se que no Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça também já decidiu, assim:

Ação de adjudicação compulsória. Quitação do imóvel e falecimento do promitente vendedor. Requisito da ação. Imóvel objeto de partilha já homologada em inventário. A recusa para outorga de escritura deve estar provada para justificar o ajuizamento da ação de adjudicação compulsória. A ação de adjudicação não pode substituir o inventário, processo em que pode ser resolvida a questão, salvo recurso às vias administrativas, se necessário. Jurisprudência da Câmara. (TJRS. Apelação Cível N.º 70048835185. Vigésima Câmara Cível. Relator: Carlos Cini Marchionatti. Julgamento: 30-5-2012. Publicação: Diário da Justiça de 06-6-2012).

No Paraná, um processo iniciado antes de 2002 – por isso, da decisão consta o artigo 860 do Código Civil de 1916, em vigor até 10-1-2003 – traz o seguir teor:

APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÃO. CONTRATOS DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA FIRMADOS EM VIDA PELO *DE CUJUS*. PEDIDO DE ALVARÁ PARA A TRANSMISSÃO DOS IMÓVEIS AOS PROMITENTES COMPRADORES. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS*. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 590, DO STF. PESSOALIDADE DO TRIBUTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. CÁLCULO DO IMPOSTO APENAS SOBRE O ACRÉSCIMO ECO-



NÔMICO AO PATRIMÔNIO DOS HERDEIROS. RECURSO DESPROVIDO. A propriedade dos bens imóveis só se transmite com o registro do título (Código Civil de 1916, artigo 860, parágrafo único). Pelo princípio da *saisine*, o patrimônio do *de cujus* transmite-se, de pleno direito, aos herdeiros com a morte. O fato gerador do imposto é a transmissão, que se deu com a morte. O imposto de transmissão *causa mortis* tem caráter pessoal e, com a aplicação do princípio da capacidade contributiva, só pode ser calculado sobre o valor líquido do quinhão. Nos casos de promessa de compra e venda de bem imóvel, o valor que deverá ser considerado é o saldo credor do contrato quando do falecimento do promitente vendedor (Súmula 590, do STF). (TJPR. AC 1358861. Apelação Cível 0135886-1. Relatora: Dilmari Helena Kessler. Julgamento: 14-12-2004. Órgão Julgador: 1.ª Câmara Cível. Publicação: 14-2-2005, DJ 6806).

Em Minas Gerais, há um caso que explica mais ainda. Pode ser que os herdeiros, cientes de que o falecido vendera um imóvel, sequer o coloquem no rol dos bens a serem inventariados. Embora vendido o bem, não havendo sido feita a escritura até a data do falecimento do vendedor, e no caso em comentário, para que o adquirente possa conseguir a escritura, é necessária a Sobrepartilha (artigo 2.022 do Código Civil e artigos 1.040 e 1.041 do Código de Processo Civil). Sobrepartilha, em palavras simples, é ação de complementação do Processo de Inventário e Partilha. O Acórdão em assunto foi assim redigido:

ACÇÃO DE OUTORGA DE ESCRITURA. FALECIMENTO DO PROMITENTE VENDEDOR. INVENTÁRIO FINDO. BEM NÃO INVENTARIADO. NECESSIDADE DE SOBREPARTILHA. Tendo o promitente vendedor falecido antes de efetuar a transferência do domínio do imóvel perante o CRI, torna-se imperioso que o bem venha a ser objeto de partilha, ou sobrepartilha, caso findo o inventário, a fim de que os sucessores cumpram o compromisso assumido pelo *de cujus*. Rejeitaram a preliminar, negaram provimento ao Recurso. (TJMG. 104330514785530021. MG-1.0433.05.147855-3/002(1). Relator: Otávio Portes. Julgamento: 16-1-2008. Publicação: DJE de 29-2-2008).

Em qualquer das hipóteses, o tributo a ser pago ficará algumas vezes mais elevado do que se a escritura de compra e venda fosse feita à época oportuna. Se a um herdeiro for destinado o imóvel

para posterior transferência ao adquirente, haverá o pagamento do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCD) pela transferência do espólio para o herdeiro e, após, o pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) para que o herdeiro “venda” o bem que considera que já pertencia – sem documento válido – ao comprador. Na prática, uma dupla tributação (por inércia de quem comprou e não fez a transferência válida antes de o vendedor falecer). Se houver a adjudicação por força de Sentença, haverá pagamento de ITCD.

E deve-se ressaltar que a alíquota do ITCD é muito mais elevada do que a do ITBI, pois a teoria da capacidade contributiva indica que quem tem patrimônio com sobra para doar ou quem recebe algo por herança têm maior capacidade contributiva do quem vende. Até mesmo porque, muitas vezes, quem vende o faz por extrema necessidade financeira. Além, é claro, das custas do processo e da contratação de Advogado, no caso de atividade processual.

O ITCD incidirá sobre o valor que a Fazenda Estadual declarar ser o do bem objeto da promessa de compra e venda. Se houver contrato de compra e venda de lote adquirido em prestações – ver item 6 deste artigo – e de conformidade com a Súmula 590 do Supremo Tribunal Federal, a incidência do ITCD é somente quanto ao “saldo credor da promessa de compra e venda de imóvel, no momento da abertura da sucessão do promitente vendedor”.

O ITBI tem por base o valor venal fixado pelos Municípios, e este valor venal utilizado como base de cálculo é reconhecidamente inferior ao valor de mercado. Logo, se a escritura tivesse sido feita em tempo oportuno, haveria apenas o pagamento do ITBI, que tem alíquotas mais baixas – em relação às alíquotas do ITCD – e a base de cálculo é menos da metade da utilizada para o cálculo do ITCD.

Ainda sobre a necessidade imperiosa de haver o processo de inventário e partilha dos bens deixados pelo falecimento de alguém, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná editou Acórdão que explica, com facilidade de entendimento, a presente discussão principal. *Verbis*:

Apelação cível. Alvará judicial. Contrato de compra e venda de imóvel. Falecimento do proprietário. Sentença que extinguiu o feito por carência de ação. Decisão que não merece reparos. Alvará judicial não é a via

adequada para outorga de escritura de compra e venda de imóvel objeto de contrato particular celebrado antes do falecimento de seu antigo proprietário. Promitentes compradores que deveriam ter se habilitado junto ao inventário. Recurso conhecido e não provido.

Como se nota, a decisão do Órgão Colegiado da Justiça reconheceu que o autor da ação não tinha direito de obter um alvará judicial para que um sucessor assinasse escritura de compra e venda como instrumento que resolvesse o objetivo do contrato, sendo que este fora assinado pelo promitente vendedor que faleceu antes da formalização do documento válido. E ainda orientou: deveriam ter os interessados se habilitado em processo de inventário e partilha dos bens deixados pelo *de cujus*. Caso típico para um necessário processo judicial de sobrepartilha.

E se os herdeiros e sucessores do *de cujus* não tiverem requerido o inventário? Três são as considerações. A primeira é que se a venda feita pelo agora falecido tiver acabado com o patrimônio da família, é quase certo que não haverá início do inventário de forma voluntária. Certamente, o comprador terá que pagar as custas e os tributos do processo de inventário, para após o seu término, poderem os herdeiros e sucessores (ou, conforme o caso e o entendimento do Juiz, o Poder Judiciário lhe outorgar uma Sentença de Adjudicação) assinar a escritura como se eles fossem os vendedores. Outra consideração é que, alegando que tem interesse, poderá o adquirente requerer, por si só e às suas expensas, o inventário. Ficará mais caro do que uma escritura pública de compra e venda, ato administrativo de competência dos Tabelionatos de Notas. Mas, quem comprou um imóvel e não se dispôs a fazer a escritura válida assumiu o risco de ter que pagar muito mais caro para a legalização intempestiva.

Interessante é frisar que toda a discussão gira em torno de promitente vendedor que tem herdeiro. Caso o promitente vendedor não tenha qualquer herdeiro (descendentes, ascendentes, cônjuge ou parentes colaterais até quarto grau), o próximo da linha de vocação sucessória, conforme artigo 1.844 do Código Civil, é o Município ou Distrito Federal, dependendo do espaço em que se situa o bem imóvel. E, nesse caso, a ação de outorga de escritura deve ser manejada contra o Município (ou contra o Distrito Federal). Trabalho, tempo e custo mais do que o triplo...

É certo que pessoas leigas ainda leem, em

consulta a textos não confiáveis, que existe possibilidade de o espólio ser compelido a emitir a escritura de compra e venda. É que o Código de Processo Civil continha os artigos 639 e 641 que afirmavam que um contrato iniciado deveria ser terminado, com obtenção de Sentença favorável junto ao Poder Judiciário. Mas, tais artigos foram revogados pela Lei n.º 11.232, de 2005. E a retirada da validade desta parte do CPC foi para que houvesse consonância com o Código Civil editado em 2002.

## 6 O CONTRATO DE COMPROMISSO (PROMESSA) DE COMPRA E VENDA DE LOTEAMENTO REGULAR

Generalizar não é o melhor caminho. Há, sim, possibilidade de um contrato de compromisso de compra e venda ser regularmente registrado no Serviço de Registro de Imóveis da circunscrição da localização do lote. Mas, os efeitos não são de transferência de propriedade e, sim, de validade contra terceiros sobre o compromisso existente em relação a determinado e individualizado lote de terreno.

Este procedimento é possível quando o loteamento é regular e está legalmente registrado no Serviço de Registro Imobiliário (SRI). Nesse caso, cada um dos lotes do terreno originário já se acha individualizado e contendo sua correspondente matrícula. Adicionalmente, para que haja a possibilidade de registro do contrato de promessa ou compromisso de compra e venda no Serviço de Registro Imobiliário, a venda do lote deve ter sido feita com pagamento parcelado. E o registro somente será feito enquanto houver parcela não vencida. Logo, refere-se somente a lotes (não, casas ou outros imóveis). E o loteamento deve ter cumprido todos os trâmites determinados na Lei 6.766, de 19-12-1979. As vantagens são as seguintes:

- uma vez registrado em Serviço de Imóveis, o contrato passa a ser de conhecimento de terceiros, que não poderão alegar desconhecimento, já que quem compra um imóvel deve, previamente, obter certidões negativas de ônus, encargos ou compromissos envolvendo o imóvel em negociação;
- se o loteador tentar vender para outrem o lote já vendido – e que ainda não tem escritura porque não foi ainda pago em sua totalidade – o pretense comprador verificará que há uma anterior promessa de venda do mes-

mo imóvel para outra pessoa e, por segurança, não fará a compra;

- se, mesmo sabendo da existência do compromisso com alguém, anteriormente, ou se não fizer a competente e necessária pesquisa junto ao Registro Imobiliário da circunscrição do imóvel em negociação, o registro anterior dará ao anterior comprador (que tem o contrato registrado) o direito de opor ao promitente vendedor e também ao novo comprador, o negligente e não diligente quanto às pesquisas necessárias;

- caso haja dívidas de responsabilidade do promitente vendedor, em vez de penhorar o lote que tem contrato de compra e venda registrado no Serviço Registral (que se acha registrado ainda em nome do vendedor), a penhora será efetivada sobre as prestações que o promitente comprador ainda deveria pagar ao promitente vendedor. O Juiz determinará que a intimação do comprador para, em vez de pagar as parcelas ao vendedor, depositar em juízo os valores das parcelas; e o dinheiro ficará à disposição da Justiça, em vez de ficar indisponível o lote pelo qual já pagara parte;

- caso, apesar das restrições, sofra o lote algum constrangimento, o comprador poderá interpor embargos de terceiros (artigo 1.046 do Código de Processo Civil), e seu título, com a fé pública (artigo 3.º da Lei 8.935, de 18-11-1994, e artigo 215 do Código Civil) do Serviço de Registro de Imóveis, será título de boa-fé.

A legislação que cuida do tema, em auxílio à Lei do Parcelamento do Solo Urbano, é a Lei dos Registros Públicos, que assim giza:

**Art. 167.** No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I - o registro;

[...]

20) dos contratos de promessa de compra e venda de terrenos loteados em conformidade com o Decreto-lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, e respectiva cessão e promessa de cessão, quando o loteamento se formalizar na vigência desta Lei;

[...]

A repetição faz parte da didática. Todo o estudo do presente item é em relação aos lotes adquiridos para pagamento parcelado e se o

loteador for uma imobiliária ou pessoa que registrou o loteamento. Não se encaixa em caso de pagamento único e tampouco em relações contratuais envolvendo vendedor pessoa física que não fez parcelamento de solo urbano.

Uma vez pagas todas as parcelas ou prestações, deverá o comprador providenciar a necessária escritura de compra e venda. Cumprido o contrato que foi registrado no SRI, o promitente vendedor não poderá recusar a outorga da escritura definitiva de compra e venda. Se houver recusa, cabe a ação de obrigação de fazer, para que o Poder Judiciário determine a outorga da escritura. Insistindo o vendedor em não assinar a escritura, ao término do processo o Juiz emitirá alvará que acompanhará a escritura a ser registrada.

O estudo demonstra que o registro do contrato de promessa de compra e venda não substitui a escritura pública de compra e venda – quando cumprido o contrato – a ser registrada no Serviço de Registro de Imóveis. É, apenas, um instrumento de segurança que intermedeia a promessa de compra e venda e a definição da propriedade resolúvel (artigos 1.359 e 1.360 do Código Civil) para um dos lados: do comprador que cumpre todo o contrato ou do vendedor, quando o comprador se tornar inadimplente.

## 7 O CUSTO E O BENEFÍCIO DO TÍTULO TRANSLATIVO REGISTRADO

A única segurança de quem adquire um imóvel é o registro do título translativo junto ao Serviço de Registro de Imóveis da circunscrição na qual se situa o bem. E o custo é insignificante, em face do benefício.

Se se pensa em um imóvel de valor de cem mil reais, pode-se, facilmente, concluir que o investimento para lavrar uma escritura e fazer o competente registro não é alto. Ou, em nuança mais otimista, é muito baixo, proporcionalmente. Inicialmente, deve-se lembrar que se o custo real de um imóvel é de cem mil reais, o município o avaliará, para efeitos de pagamento do ITBI em pouco mais de quarenta mil reais. Considerando que a alíquota varia de dois a dois e meio por cento sobre o valor da avaliação, em dependendo da legislação municipal em cujo território situa o bem imóvel, o ITBI custará menos de mil reais. Somados ao custo do Serviço Notarial (Cartório de Notas) para a lavratura da escritura de compra e venda e ao custo do registro da escritura perante o Serviço Registral (Cartório de Imóveis), pouco



passará de dois mil reais. Com exauros, são três mil reais para todo o processo de transferência: tributos municipais, valores pagos pelas Certidões de origem imobiliária, emolumentos de ambos os Serviços (Notarial e Registral), Taxa de Fiscalização Judiciária e contribuição para a compensação dos atos gratuitos.

Portanto, todo o custo para a transferência válida da propriedade imóvel não chega a três por cento do valor do imóvel. É um valor proporcionalmente baixo em razão da segurança que traz. Principalmente, o fato de a transferência imobiliária se efetivar de maneira a excluir quaisquer outros interessados que não tenham boas intenções ou cujas pretensões malévolas recaiam em desfavor do vendedor.

Também se deve trazer à tona o fato de que, em caso de venda, um imóvel que tem escritura registrada tem valores adicionais (comparando com um imóvel sem documento íntegro) que superam, em muito, ao investimento financeiro despendido quando da feitura e registro da escritura pública (ou outro título translativo). O normal é que somente quando se tem o imóvel desembargado é possível efetuar a sua venda. O percentual de pessoas que aceitam adquirir imóvel sem documentação apropriada é cada vez menor. Principalmente porque a aquisição de um imóvel requer um investimento alto – para a maioria dos brasileiros, um investimento no qual se encorpam todas as economias familiares de uma vida de trabalho árduo – que não poderia ou não deveria ser entregue sem a correspondente e seguríssima contrapartida da garantia, que é a imediata, sem dificuldade, sem oposição e com a intransponível possibilidade de transferência do bem imóvel para o nome do adquirente.

Até mesmo a aquisição da posse é fácil. Até por meio de violência, roubo, furto e invasão é possível a sua aquisição. Mas, transferir a propriedade, o domínio ou a titularidade, somente em havendo documento oficial, incontestável, seguro, firme e valioso. E este documento é a escritura pública lavrada em eficiente Tabelionato de Notas e registrada no Serviço de Registro de Imóveis da circunscrição da situação do imóvel adquirido.

## 8 CONCLUSÃO

Há temas transversais que complementaríamos o presente texto. Como exemplo, os fatos que invalidam um mandato, cujo instrumento de face mais externa é a procuração. Isto porque também há

pessoas que recebem uma procuração e a guardam, como se valesse para todo o sempre.

Mas, esse e outros são temas para outro estudo.

Quanto ao fato da aquisição de um bem imóvel, não se trata de serem a opção mais interessante a feitura e o registro da escritura pública de compra e venda: é a única opção. A segurança do adquirente está justa e unicamente pelo fato de ser portador de um documento hábil, válido, perfeito. Um documento que a lei considera o único capaz de retirar o imóvel do nome do vendedor e o colocar em nome do comprador.

A segurança do adquirente de um imóvel reside no ato duplamente solene: a lavratura da escritura pública em um Serviço Notarial e o seu registro no Serviço Registral.

Não há um custo elevado para lavrar uma escritura e registrá-la corretamente. Especialmente quando se tem em mente que os valores pecuniários dispostos para a aquisição de um imóvel são elevados demais para ficar sem caução, sem segurança. E se a escritura pública de compra e venda não é feita ao tempo oportuno, quase sempre se mostrará acrescida de empecilhos que vão desde as dificuldades, passando pelos altos custos e chegando até mesmo à perda definitiva do imóvel.

Além de a lei determinar, de forma imperativa e veemente, que somente se transferem os bens imóveis quando o título translativo é registrado no Serviço de Registro de Imóveis, é consabido que somente quem tem um imóvel registrado é, de fato e de direito, o seu dono. O registro de uma escritura pública é, destarte e em síntese, a concretização do negócio, o banho de ouro na peça, a vestimenta mais apropriada para o negócio. Sem a escritura registrada, o negócio jamais pode ser corretamente considerado feito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto 93.240, de 9 de setembro de 1986. Regulamenta a Lei n.º 7.433, de 18 de dezembro de 1985, que “dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas, e dá outras providências”. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 set. 1986.

BRASIL. Decreto-Lei 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. *Diário*

*Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 13 dez. 1937 e retificado no *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 17 dez. 1937.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1973.

BRASIL. Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 1979.

BRASIL. Lei 7.433, de 18 de dezembro de 1985. Dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 dez. 1985.

BRASIL. Lei 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 mar. 1990.

BRASIL. Lei 8.935, de 18-11-1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 nov. 1994.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

VELOSO, Waldir de Pinho. *Comentários aos direitos reais no código civil*. São Paulo: IOB Thomson, 2007.

VELOSO, Waldir de Pinho. *Metodologia do trabalho científico*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

***ARTIGOS DO  
CORPO DISCENTE***

---



## O DIREITO DE MUITAS CORES: Saruman e os objetivos dúplices do Direito

Amanda Muniz Oliveira<sup>1</sup>

“Pois sou Saruman, o Sábio, Saruman, o Fazedor de Anéis, Saruman de Muitas Cores!”

- Olhei então e vi que as roupas que vestia, que tinham parecido brancas, não eram dessa cor, mas de todas as cores, e se ele se mexia, mudavam de tonalidade e brilhavam, de modo que os olhos ficavam confusos. (Tolkien – O Senhor dos Anéis)

### RESUMO

Não raras vezes, o Direito é apontado como instrumento de paz social, responsável pela solução de conflitos. De fato, através das normas estabelecidas a liberdade individual do cidadão é limitada, para que não ultrapasse o direito pessoal de outrem, mantendo, assim, certo equilíbrio social. Todavia, esta é apenas uma das formas de se enxergar e utilizar Direito. De forma mais velada, as leis podem ser utilizadas para legitimar verdadeiras injustiças, protegendo objetivos diversos à pacificação social. Utilizando os estudos interdisciplinares de Direito e Literatura, analisaremos a personagem Saruman, da obra *O Senhor dos Anéis*, de J. R. R. Tolkien, que sob o pretexto de lutar pela paz social, acaba realizando diversos malefícios aos povos livres. Tal personagem permite uma abordagem reflexiva, no intuito de analisar de que forma o Ordenamento Jurídico, por vezes, é utilizado da mesma forma, legitimando injustiças sob o pretexto de manutenção da paz social.

**Palavras-chave:** Direito, Literatura, Paz social.

### ABSTRACT

Often, the law is targeted as a tool of social peace, responsible for conflict resolution. In fact, through the law, the individual liberty of the citizen is limited

to not more than the personal right of others, thus maintaining a certain social equilibrium. However, this is just one of the ways to see and use law. In a secret way, laws can be used to legitimize injustice, protecting other objectives and not the social pacification. Using the interdisciplinary studies of law and literature, will it be analyzed the character Saruman, from the book *The Lord of the Rings* written by J. R. R. Tolkien. Saruman, under the pretext of fighting for social peace, performs several injuries to the free people. This character allows us to reflect and analyze how the legal system sometimes is used in the same way, legitimizing injustice to the pretext of social peace.

**Key Words:** Law, Literature, Social Peace.

### 1 INTRODUÇÃO

Não raras vezes, o Direito é descrito como instrumento de pacificação social, responsável pela resolução de conflitos e manutenção da ordem. De fato, uma sociedade sem leis não se sustenta, pois a liberdade total dos indivíduos acarretaria em caos e guerra, vez que cada um defenderia seus próprios interesses em detrimento dos interesses do outro. Neste sentido, o Direito se mostra de grande valia, pois protege o cidadão tanto das arbitrariedades dos outros cidadãos quanto das injustiças que possam vir a ser cometidas pelo próprio Estado.

Porém, por vezes, esta finalidade precípua do Direito é desvirtuada. Ocorre que as leis são feitas por homens, e, portanto, passíveis de erros, brechas e lacunas. Estas falhas, portanto, são frequentemente utilizadas no sentido de legitimar injustiças, fazendo com que o direito e o interesse individual de certos grupos hegemônicos passem a ser preservados em detrimento do interesse coletivo.

<sup>1</sup> Acadêmica no Nono Período matutino do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Membro do Programa Especial de Tutoria (PET), desenvolvido pela Faculdade de Direito Santo Agostinho no ano de 2013.



No intuito de revelar este desvio de finalidade, será realizada uma análise do personagem Saruman, da obra *O Senhor dos Anéis*, de J. R. R. Tolkien, aos moldes dos estudos interdisciplinares entre Direito e Literatura. Ocorre que a literatura, por transportar o leitor a uma realidade completamente distinta de sua própria, tem o condão de despertar o senso crítico do leitor, se direcionada na perspectiva adequada. Neste sentido, pretende-se demonstrar a ambição e os discursos enganadores do personagem Saruman, explicitando as suas reais intenções, para, então, identificar paralelos similares no mundo real primário, especificamente no ambiente jurídico.

Saruman era um sábio e bondoso mago que, ao estudar profundamente sobre o maligno Anel forjado pelo vilão Sauron, verdadeira arma de destruição, se corrompe e passa a desejar o Anel para si próprio. O objetivo oculto do personagem é se tornar o novo vilão, retirando Sauron do poder e colocando a si mesmo como novo Mestre do Anel. Porém, Saruman não assume este objetivo abertamente, alegando que deseja possuir o Anel apenas para derrotar o vilão e instituir a paz social pelo bem comum de todos.

Percebe-se que o Direito, por vezes, serve aos mesmos propósitos. Grupos hegemônicos se aproveitam de sua influência para utilizarem as leis, em tese defensoras do bem comum, para defender seus próprios interesses egoístas. Assim, ao utilizar a literatura como instrumento de análise e interpretação da realidade social, podem-se traçar nítidas semelhanças com as situações vividas no cotidiano social, fazendo com que seja possível uma reflexão equidistante, realizada sob um novo olhar, daquilo que já se tornou trivial e comum no ambiente social. Desta forma, importante destacar as razões de utilizar a literatura como instrumento analítico do Direito.

## 2 O DIREITO NA LITERATURA

Segundo Godoy [2013], a relação entre Direito e Literatura foi tema constante na tradição do ocidente em tempos passados, vez que o homem das leis também era o homem das letras. A busca por um Direito mais racional, burocrático e positivista é apontada como causa da cisão entre estas áreas do conhecimento humano, pois a Literatura foi transferida ao estético puramente artístico, enquanto o Direito foi reservado ao tecnicismo formal.

De acordo com Siqueira (2011), a consolidação do positivismo jurídico proposto por Kelsen

afastou do Direito as ciências humanas e sociais, razão pela qual o Direito se tornou dogmático e dissociado dos valores morais. Com a superação do positivismo, surge uma preocupação de trazer novamente ao Direito questões filosóficas, antropológicas e morais, dentre outras. Neste contexto, alguns juristas passam a defender também a inclusão da Literatura no ambiente jurídico, defendendo a reaproximação destas áreas do conhecimento humano.

Desta forma, a aproximação entre o estudo do Direito e da Literatura ganha importância a partir da década de 60, nos Estados Unidos, com o surgimento de um movimento conhecido como *Law and Literature*, que defendia a utilização da Literatura como ferramenta analítica do Direito. Segundo Siqueira (2011, p. 36)

Essa proposta surgiu como uma das várias tendências antipositivistas do mais amplo movimento “direito e sociedade”, atuando na formação do profissional do direito de forma a resgatar aspectos humanísticos de que as carreiras jurídicas se afastaram. A centralização do direito no positivismo kelseniano levou à redução gramatical de seus enunciados e à análise estritamente sintática e semântica de suas normas, tornando-o incapaz de atender as demandas sociais postas ao direito.

Este movimento ganhou notória repercussão após a publicação do livro *The legal imagination*, de James Boyd White. De acordo com Siqueira (2011), o referido autor acreditava que tanto os textos jurídicos quanto os literários eram fundamentados pelas identidades de seus personagens e pelos significados de seus conceitos. Ademais, para o autor, a literatura possibilitava ao jurista uma nova abordagem da ordem legal estabelecida, bem como uma nova visão a respeito do ordenamento jurídico vigente.

Diversos foram os estudos acerca da interseção entre Direito e Literatura: o Direito como Literatura, a Literatura como instrumento de mudança do Direito, Hermenêutica, Direito da Literatura, Direito e Narrativa, apenas para citar alguns. Em especial, será destacada a proposta de estudo do Direito na Literatura, que investiga as questões jurídicas lançadas nas narrativas literárias.

De acordo com Godoy (2013), os estudos de Direito na Literatura foram iniciados pelo Professor norte-americano John Henry Wigmore que, dentre outros livros sobre o tema, escreveu *A List*

of *One Hundred Legal Novels*, obra que propõe a leitura de uma centena de romances úteis à ciência jurídica. Segundo Godoy (2013), Wigmore acredita que o operador do Direito busca a Literatura como forma de aprender sobre o mundo jurídico. Para tanto, as obras indicadas, além de selecionadas com rigor, deveriam ser lidas por juristas e não por leigos. Certos autores, como Dickens e Conan Doyle, deveriam ser leitura obrigatória para os estudantes de Direito, vez que para Wigmore (*apud* GODOY, 2013, p. 10) “uma coisa é saber que a prisão por dívidas foi abolida; e algo totalmente diferente é conhecer os livros de Dickens, que colaboram para um Direito mais humano.”.

Segundo Gonzáles (*apud* SIQUEIRA, 2011) o estudo do Direito na Literatura possui um caráter instrumental, vez que trata o Direito enquanto recurso literário. E a Literatura, por sua vez, como recurso de compreensão do Direito. Ocorre que a leitura crítica de obras literárias auxilia na formação sociológica e filosófica do jurista, revelando uma verdadeira função pedagógica, fruto da interação entre as duas disciplinas.

De acordo com Aguiar e Silva (*apud* SIQUEIRA, 2011), o estudo da literatura torna o jurista mais apto a lidar com sua própria realidade, vez que instiga um senso de alteridade e sensibilidade, e por que não, o despertar de uma visão crítica acerca do mundo que o cerca.

Neste diapasão, compreende-se a obra literária como verdadeira testemunha da realidade social na qual está inserta a realidade jurídica. Os mais diversificados gêneros literários se atentam a demonstrar um retrato social pautado no particular e no específico, permitindo uma abordagem não normativa do Direito. De acordo com Siqueira (2011, p. 49):

A característica de denúncia da literatura tem poder de atuar, portanto, como força recriadora de mudanças sociais e jurídicas, sendo capaz de contribuir diretamente à formulação e à elucidação das principais questões relativas à justiça, à lei e ao poder.

Importante ressaltar, todavia, que o potencial pedagógico não encontra termo na simples instrumentalidade das narrativas literárias para o Direito. A simples apresentação de uma narrativa

em nada contribui para o estudo do Direito. Faz-se necessário mais. Para Siqueira (2011, p. 108), é de suma importância um estudo crítico e uma construção de significados que permeiam as obras literárias a serem analisadas, no intuito de aproveitá-la ao máximo:

A análise das obras literárias, portanto, pode representar uma rica possibilidade de discussões de entendimentos jurídicos, ainda que dependa da disponibilidade reflexiva de seu leitor. O cuidado que se deve ter é não restringir-se a uma leitura superficial e ilustrativa, somente a título de exemplificação para o direito.

Siqueira (2011) afirma que os autores da vertente Direito na Literatura utilizavam, predominantemente, os clássicos como Charles Dickens, Arthur Conan Doyle e Mark Twain. Sem sombra de dúvida, as obras clássicas gozam da vantagem de serem atemporais, podendo ser estudadas por indivíduos de diferentes épocas, culturas e contextos sociais. Todavia, nada impede que obras regionais e específicas sejam objeto de análise do jurista. Para Siqueira (2011, p. 113) “importa que o livro desperte a capacidade interpretativa de seu leitor, instigue suas experiências reflexivas e que o incite interpelar diferentes narrativas da forma mais hábil possível.”.

Assim, ao discutir quais livros deveriam ser objetos de estudo de direito na literatura, Siqueira, Zambonato e Caume (2009, p. 155) oferecem a resposta “àquelas que despertarem a leitura responsável do seu leitor.”. Desta forma, nada impede que textos fantásticos possam ser utilizados pelo jurista no intuito de realizar uma análise do Direito.

No que tange à literatura fantástica, remeter-se-á aos escritos de Tolkien, que em um ensaio filosófico trata de um gênero literário fantasioso chamado por ele de “estórias de fadas”, e seu papel na modernidade. De acordo com Lopes (2006, p. 51) Tolkien não define expressamente o que entende por “estórias de fadas”, limitando-se a caracterizar o gênero como uma narrativa “que toca ou usa Feéria<sup>2</sup>, qualquer que seu próprio propósito central possa ser: sátira, aventura, moralidade, fantasia” acompanhados de um fim surpreendentemente feliz, que o autor denominou de “eucatástrofe”.

<sup>2</sup> Palavra adotada na tradução de Reinaldo José Lopes, em observância ao termo utilizado no original em inglês, Faerie. Refere-se ao reino da fantasia.

Tolkien (2010c) defende que a recuperação é um importante papel desempenhado por tais histórias. Essa recuperação nada mais é do que a capacidade de refletir sobre o tradicional e trivial, seja para contemplá-lo, seja para criticá-lo, libertando o leitor do estado de inércia conformista imposto pela rotina.

A recuperação [...] é uma re-tomada – retomada de uma visão clara. Não digo “ver as coisas como elas são” para não me envolver com os filósofos, embora eu pudesse arriscar dizer “ver as coisas como nós somos (ou fomos) destinados a vê-las” – como coisas separadas de nós mesmos. Precisamos, em todo o caso, limpar nossas janelas; de forma que as coisas vistas claramente possam ser libertadas do fosco borrão de banalidade ou de familiaridade – de possessividade.

Ocorre que a Literatura, em especial as histórias de fadas, proporciona verdadeira libertação, causando no leitor, segundo Tolkien (2010c, p. 66) certa estranheza “de coisas que se tornaram banais, quando elas são vistas repentinamente de um novo ângulo.”. Isto porque as histórias de fadas, como os demais gêneros literários, distanciam-se da rigidez técnico-científica proporcionando uma maior liberdade, não apenas de interpretação como de reflexão propriamente dita. É importante ressaltar que, para Tolkien (2010c, p. 62), o afastamento do racional através da arte não importa em alienação da realidade. Antes, o contrário.

A Fantasia é uma atividade natural humana. Certamente não destrói ou mesmo insulta a Razão; e não cega o apetite pela verdade científica, nem obscurece a percepção dela. Ao contrário. Quanto mais aguçada e clara a razão, melhor fantasia fará.

Vislumbra-se aqui o mesmo caráter pedagógico da análise do Direito na Literatura. Todavia, ao tratar de temas como elfos<sup>3</sup> e hobbits<sup>4</sup>, o leitor é transportado a um Universo completamente diferenciado do seu próprio, habitado por povos distintos, com costumes e tradições distintos, mas ainda assim similares. Os anseios, os sentimentos, as

tramas experimentados pelos personagens são os mesmos que perseguem o ser humano comum. As histórias de fadas possuem heróis, vilões, donzelas e príncipes, que agem e se orientam sob a mesma perspectiva moral que permeia a sociedade. A ambição é castigada; o bom e o justo são recompensados; os tiranos são destronados.

Além disso, o caráter fantástico e mirabolante das histórias de fadas pode proporcionar uma releitura crítica, se trazida ao mundo real. Alguns fatos que ocorrem no cotidiano, especialmente no cotidiano do jurista, nem sempre deveriam ser encarados como normais e aceitáveis. Neste diapasão, Tolkien (2010c, p. 65) acredita que as histórias de fadas podem proporcionar essa visão mais aguçada e detalhista da realidade.

Deveríamos olhar o verde outra vez, e ser assombrados de novo (mas não cegados) pelo azul e amarelo e vermelho. Deveríamos encontrar o centauro e o dragão, e então talvez subitamente contemplar, como os antigos pastores, ovelhas, e cães, e cavalos – e lobos. Essa recuperação as histórias de fadas nos ajudam a fazer.

Desta maneira, será utilizada a obra de Tolkien, no intuito de expor de que forma o Direito pode ser utilizado com arbitrariedade, de forma a defender os interesses de uma classe específica em detrimento do bem comum e da própria pacificação social – teoricamente, sua finalidade precípua. Para tanto, faz-se necessária uma breve abordagem do autor e de sua obra.

### 3 TOLKIEN E SEU ANEL

Inicialmente, cumpre destacar a importância acadêmica de Tolkien e suas obras. De acordo com Carvalho (2007), além de estudarem seus livros, os leitores de Tolkien também se dedicam ao estudo do autor, sendo que ambos, autor e obra, são objetos de diversos trabalhos acadêmicos na Europa e na América do Norte. De acordo com Carvalho (2007, p. 32-33):

Em sua terra natal, a Inglaterra, o livro [O Senhor dos Anéis] é apreciado pela quase

<sup>3</sup> Na obra de Tolkien, os elfos são a primeira raça de seres vivos criada por Deus. São descritos como criaturas altas, belas, de porte nobre e grande sabedoria.

<sup>4</sup> Na obra de Tolkien, os hobbits são seres diminutos, com metade da altura de um humano normal. São brincalhões, apreciam boa comida e bebida e gostam do labor rural. A maioria é descrita como tendo cabelos cacheados, semblante simpático e alegre e pés peludos.

totalidade de seus leitores. Existem, na Europa, Canadá, Estados Unidos e muitos outros países, sociedades específicas para o estudo das obras e da vida de Tolkien. A primeira dessas sociedades é a Tolkien Society, fundada no ano de 1969, quando Tolkien ainda vivia. O grupo, formado por fãs de Tolkien e acadêmicos que se propuseram estudar o autor e suas obras, persiste até a atualidade e é o órgão que oficializa, no mundo inteiro, os estudos e outras sociedades que se dedicam a Tolkien, ou seja, os grupos associados a esta instituição formam, oficialmente, uma rede mundial de pesquisa sobre a vida e as obras do autor. A Universidade de Oxford também possui uma sociedade de estudos da obra de Tolkien, a *Taruithorn – The Oxford Tolkien Society* que é igualmente filiada à Tolkien Society. Professor reconhecidamente importante e influente na produção literária inglesa, Tolkien é estudado até a atualidade como referencial literário e também na área de linguística, tendo em vista a criação das várias línguas da Terra-Média. [...] Há muitos estudos monográficos e teses baseadas nas línguas que Tolkien criou, bem como no mundo fantástico da Terra-Média. A Tolkien Society mantém uma lista de teses, dissertações e artigos que têm como temática principal a vida e a obra de Tolkien e que são enviadas à sociedade para catalogação. Essa listagem apresenta vinte e oito teses e dissertações e quarenta e sete artigos. Tal número representa apenas os trabalhos que são enviados à Tolkien Society, ou seja, que ela tem conhecimento.

Conforme explica Carvalho (2007), Tolkien nasceu em 1892 na África do Sul e, criado na Inglaterra, para aonde se mudou após a morte de seu pai, Tolkien acompanhou de perto os avanços da sociedade capitalista industrial. Amante da natureza, jamais viu com bons olhos a automação industrial e as maquinarias tecnológicas. Veterano da Primeira Guerra Mundial, Tolkien também viu seus filhos mais velhos servirem na Segunda Grande Guerra, fato que o marcou profundamente. Desta forma, a busca desenfreada pelo Poder, a destruição de parte da Europa e a tecnologia empregada a serviço da matança são temáticas que refletiram na criação de toda a sua obra, mais espe-

cificamente no livro *O Senhor dos Anéis*. Segundo Colbert (2002), alguns chegaram a afirmar que o Um Anel de Poder seria a representação da própria Bomba Atômica.

Apesar das diversas especulações realizadas pelos leitores à época de lançamento dos livros, o autor sempre negou qualquer mensagem oculta ou alegórica em seus livros. Porém, Tolkien (2006, p. 45) não descarta a influência que o contexto histórico em que vivia exerceu em sua obra, afirmando que “a escuridão dos dias atuais teve algum efeito sobre ela (sobre a história).”.

Certamente, percebe-se que a temática do poder, embora presente na obra, seja um tema adjacente. Tolkien (2006, p. 250) afirma que “a história não é realmente sobre Poder e Domínio: isso apenas mantém as rodas girando.”. Entretanto, ainda assim é um assunto que merece ser estudado, vez que o autor trata de forma singular sobre o lado negativo do poder sem controle.

No que se refere à obra de Tolkien, esta tem início, cronologicamente, no livro *O Silmarillion*. Neste livro, conta-se a origem do mundo (a Terra-Média) e das raças criadas por Tolkien. O livro também trata das primeiras guerras e da criação do Um Anel, personagem crucial em toda a obra. O livro seguinte é *O Hobbit*, escrito como uma história infantil, que trata do hobbit Bilbo e suas aventuras, bem como de seu primeiro contato com O Anel. Por fim, tem-se *O Senhor dos Anéis*, cuja temática central é o Anel, sendo que neste livro sua natureza e perigos são revelados aos leitores. Importante destacar que outras obras foram lançadas, tais quais *Contos Inacabados*, *Histories of Middle-Earth* e *Os Filhos de Húrin*, mas estas apenas ajudam a compreender de forma mais profunda as histórias já lançadas por Tolkien.

Feitas estas considerações a respeito dos livros, tratar-se-á da narrativa em si. Ocorre que Sauron, um poderoso espírito angelical<sup>5</sup>, foi dominado pela ambição e sucumbiu à maldade, causando diversos malefícios. Após uma guerra contra os demais espíritos angelicais, Sauron, inicialmente, mostrou-se arrependido. Todavia, seu orgulho falou mais alto e ele fugiu de sua punição, refugiando-se na Terra-Média. Detentor de uma aparência nobre e bela, tentou corromper os elfos,

<sup>5</sup> Na obra de Tolkien, diversos são os espíritos superiores que auxiliam a gestão da Terra-Média. Têm-se os Anuir, divididos em Valar e Maiar, que por sua vez se dividem em outros, respectivamente. Para efeitos deste trabalho, tratar-se-ão de todos os tipos de espíritos superiores com a expressão “espíritos angelicais”.



anões<sup>6</sup> e homens a seus propósitos malignos. Assim, adotando a alcunha de “senhor dos presentes”, tornou-se amigo dos elfos, enganando-os e fazendo com que estes construíssem Anéis de Poder, responsáveis por aumentar os poderes de seus usuários e, segundo Tolkien (2009, p. 367) por “afastar os estragos do tempo e adiar o cansaço do mundo.”

Porém, em segredo, Sauron forja o Um Anel, mais poderoso que os demais criados pelos elfos. Este Um Anel é capaz de controlar os usuários dos demais Anéis, fazendo com que Sauron possa ler suas mentes e mesmo controlar suas vontades. Uma guerra se inicia, e uma aliança entre elfos e homens é formada; Sauron é derrotado, todavia, não é morto. Ocorre que Isildur, poderoso líder humano<sup>7</sup>, se recusou a destruir o Um Anel e este era a fonte da força vital do vilão. Uma vez derrotado, Sauron fugiu e se ocultou do mundo, não sendo mais visto durante longas eras.

Quanto ao Anel, este foi reivindicado por Isildur como espólio de Guerra. Ocorre que por trazer em si a essência maligna de Sauron, o Anel desperta desejo e ambição nos corações das criaturas, agindo como se tivesse vida própria, prometendo a quem quer que o possuísse, vida longa, poder e riquezas. Todavia, o objetivo do Anel era retornar à mão de seu mestre, razão pela qual sempre acabava por trair suas promessas e desgraçar a vida de seus portadores. Com Isildur não foi diferente: encontrou um fim amargo e, desde então, ninguém soube o paradeiro do Anel.

Séculos mais tarde, o hobbit Bilbo Bolseiro encontra o que julgou ser um simples anel mágico e o mantém guardado. Como avançar da idade, Bilbo presenteia a o seu sobrinho Frodo com este anel. Desta forma, o sábio mago Gandalf, ao vislumbrar o anel de Frodo, descobre que este é, na verdade, o maligno Anel criado por Sauron. Neste ponto, o vilão Sauron já se encontra recuperado, ordenando seus exércitos que procurem o Anel perdido, que lhe trará poder absoluto. Desta forma, é decidido que Frodo deve destruir o Anel. Para tanto, ele parte rumo a Mordor, terra de Sauron, pois apenas o fogo daquela terra possui poder de aniquilar o Anel. Para cumprir sua missão, Frodo é ajudado por diversas personagens,

sendo que no decorrer da trama novos amigos e inimigos são apresentados ao leitor.

Personagem que merece destaque é Saruman, o branco, também conhecido como Curunír. Mago dotado de grande poder e sabedoria, é dominado pela ganância de poder, tornando-se um inimigo terrível para os povos da Terra-Média.

#### 4 SARUMAN, O BRANCO

Em seu livro *Contos Inacabados*, Tolkien (2011) revela que, no intuito de auxiliar os povos livres em sua luta contra Sauron, os espíritos superiores enviam à Terra cinco magos (ou *Istari*), dos quais Saruman é o líder. No referido livro, Tolkien (2011, p. 427) descreve Saruman como um homem idoso, dotado de “nobre semblante e porte, com cabelos negros e uma bela voz” trajando branco. “Tinha grande habilidade nos trabalhos das mãos, e era considerado [...] o chefe da Ordem.”. Nesta apresentação, Saruman está disposto a lutar pela paz social, pelo bem da Terra-Média e cumprir sua missão de derrotar as forças malignas de Sauron.

Todavia, no livro *O Senhor dos Anéis*, Saruman é apresentado de forma diferente. Ocorre que, pesquisando sobre os Anéis de Poder e o Um Anel do vilão Sauron, o mago Saruman fica fascinado pelo objeto e passa a desejá-lo para si. Desta forma, cria seu próprio exército, destrói florestas e corrompe humanos, no intuito de obter o poderoso Anel e se tornar o novo Senhor do Escuro. Após ser revelado como um traidor, Saruman é descrito por Tolkien (2010b, p. 184) como

um velho, vestido num grande manto, cuja cor era difícil de definir, pois mudava se eles mexessem os olhos, ou se ele se movimentasse. O rosto era longo, com uma fronte alta; tinha olhos profundos e escuros, difíceis de se penetrar embora a expressão que agora tinham fosse grave e benevolente, além de um pouco cansada. Os cabelos e a barba eram brancos, mas mechas negras ainda se mostravam na altura dos lábios e das orelhas.

<sup>6</sup> Na obra de Tolkien, os anões são uma raça de baixa estatura, longas barbas e natureza teimosa. São exímios mineradores, peritos nos trabalhos com pedras preciosas.

<sup>7</sup> Isildur é filho do rei Elendil, do reino de Gondor. São descendentes dos numenorianos, importantes homens do Oeste que outrora tiveram um reino belo e próspero, posteriormente arruinado. Maiores detalhes em *O Silmarillion*.



Interessante destacar a mudança de cores que se opera no personagem. Tolkien (2010a, p. 274) descreve um diálogo entre Saruman e Gandalf, um dos magos engajados na destruição do vilão Sauron. Gandalf, relatando o encontro, assim diz:

- 'Eu gostava mais do branco', disse eu. - 'Branco'!, zombou ele. 'Serve para começar. O pano branco pode ser tingido. Pode-se escrever sobre a página em branco; a luz branca pode ser decomposta'. - 'E nesse caso deixa de ser branca', disse eu. 'E aquele que quebra uma coisa para descobrir o que ela é deixou o caminho da sabedoria.

Saruman se revela agora como um traidor. Não era um servo do vilão Sauron, sendo na verdade, um inimigo deste, pois desejava destruí-lo e tomar o seu lugar. Tolkien (2011, p. 428) diz que ele “decaiu da sua elevada missão, e, tornando-se orgulhoso, impaciente e *apaixonado pelo poder*, buscou fazer sua própria vontade pela força e desalojar Sauron.”. (grifos nossos).

Observe-se que a ruína de Saruman foi sua paixão pelo poder. Ele não almejava aliar-se a Sauron: seu objetivo era destruí-lo e instalar-se como um novo poder. Tolkien (2010a, p. 274) explica, através do próprio mago branco:

[...] precisamos de poder, poder para ordenar todas as coisas como queremos, para o bem que apenas os Sábios podem enxergar. [...] Um novo Poder se levanta. [...] Existe esperança por esse caminho. A vitória dele se aproxima, e haverá grandes recompensas para aqueles que o ajudarem. Enquanto o Poder crescer, os que se mostrarem seus amigos também crescerão; e os Sábios, [...] poderão, com paciência, vir finalmente a governar seus rumos, e a controlá-lo. Podemos esperar nossa hora, podemos guardar o que pensamos em nossos corações, talvez deplorando as maldades feitas incidentalmente, mas aprovando o propósito final e mais alto: Conhecimento, Liderança, Ordem; todas as coisas que até agora lutamos em vão para conseguir, mais atrapalhados que ajudados por nossos amigos fracos e inúteis. Não precisaria haver, e não haveria, qualquer mudança em nossos propósitos, só em nossos meios.

Importante ressaltar que na obra, Saruman é descrito como um orador impecável. Em *O Senhor dos Anéis*, quando sua derrota é contada, Tolkien (2010b) escreve de forma clara que o medo maior das personagens era da “Voz de Saruman”

– uma voz doce, suave e persuasiva. Além de ser dotado de poder e magia, o mago possuía o dom da oratória e da argumentação. Porém, sobre o tema, Tolkien (2006, p. 264) esclarece:

A voz de Saruman não era hipnótica, mas persuasiva. Aqueles que o escutavam não corriam perigo de entrar em um transe, mas de concordar com seus argumentos, enquanto totalmente despertos. Estavam sempre abertas à rejeição, *por livre vontade e entendimento*, tanto sua voz enquanto falava como suas impressões posteriores. Saruman corrompia os poderes de raciocínio.

O mago branco é apresentado como detentor de um poder de argumentação sem igual, utilizando deste para tentar convencer os personagens a utilizar O Anel. De fato, Saruman acredita ser possível usar o Anel de poder para realizar seus propósitos de “conhecimento, liderança e ordem”. O personagem, assim, lança uma importante questão: por que não usar o poder maligno do Anel?

Essas respostas são esclarecidas ao longo da obra de Tolkien. Os personagens dizem, em diversos momentos, que não é totalmente impossível que uso do Anel traga boas consequências. O receio dos personagens é que infelizmente o uso do Anel não pararia nas boas ações. Haveria mais. Devido a este caráter dual é que preferem não fazer uso dele, pois o preço a se pagar seria demasiadamente alto. Tolkien (2006, p. 316) afirma “era parte do engodo essencial do Anel encher as mentes com fantasias de poder supremo. Mas isso os Grandes haviam considerado muito bem e rejeitado.”.

Desta forma, é revelado que os personagens refletiram profundamente a respeito da utilização do Anel como arma, concluindo que o melhor a fazer seria destruí-lo, vez que as consequências de sua utilização seriam desastrosas. Desta forma, podem-se transferir as mensagens imbuídas na obra para a realidade no intuito de realizar uma análise reflexiva do Direito.

#### 4 SARUMAN E O DIREITO DE VÁRIAS CORES

Antes de realizar a análise proposta, faz-se necessário o esclarecimento do conceito de Direito. Nader (2010, p. 44) propõe dois conceitos distintos: em sua dimensão positiva, o autor afirma que o Direito é o “conjunto de normas de conduta

social, imposto coercitivamente pelo Estado, para a realização da segurança, segundo os princípios da justiça.”. Em sua dimensão subjetiva, Nader (2010, p. 45) entende o Direito como o “poder de agir e de exigir, que o *jus positum* proporciona ao sujeito ativo de uma relação jurídica.”.

Quanto a seu objetivo, Nader (2010, p. 46) informa:

A teleologia do Direito é a da garantia das condições básicas de convivência social. Ainda que a função do Direito se amplie atualmente para atender ao bem-estar e progresso dos homens, a sua meta básica é a de promover a ordem na sociedade, e o valor do justo de que se ocupa é o que diz respeito apenas a essa ordem.

Horn (2005, p. 35) parece concordar com esta afirmativa, vez que define o Direito como “a suma das normas gerais garantidas pelo Estado, para a justa regulamentação da vida humana em comum e para o apaziguamento justo de conflitos interpessoais de decisão.”.

Os autores parecem acordar que o Direito é instrumento de paz social, responsável por defender o bem-comum do povo e manter a justiça e a ordem. Em outras palavras, pode-se dizer que o Direito foi concebido para promover boas ações, da mesma forma que o maligno Anel, conforme dito por Tolkien (2009, p. 367), fora forjado com o objetivo aberto de “afastar os estragos do tempo e adiar o cansaço do mundo.”. Todavia, importante verificar se o Direito, tal qual o Anel de Tolkien, origina efeitos diversos ao que se propõe.

Coelho (2003) afirma que o Direito é o “mais eficiente instrumento de controle dos comportamentos sociais no mundo contemporâneo.”. Para o referido autor, o papel do Direito não é a promoção da paz social ou defesa do bem comum, mas

instrumento de ocultação daquela estrutural real e, mais ainda, de manipulação do imaginário social no sentido de manter como legítima a distribuição de quotas de poder na sociedade, evidentemente, assegurando os privilégios dos segmentos que detêm os instrumentos de produção e distribuição das riquezas sociais, bem como de gozo dos respectivos benefícios. (COELHO, 2003, p. 343).

Chauí (2004) adverte sobre este caráter elitista do Direito. Para a referida autora, o papel do Direito é camuflar o caráter violento da autori-

dade estatal, fazendo com que a autoridade do Estado pareça legítima e, portanto, de obediência obrigatória. Assim, o Direito faz parte de um aparato construído pela classe elitista dominante, defendendo os interesses desta referida classe. Chauí (2004, p. 82-83) afirma que

Através do Estado, a classe dominante monta um aparelho de coerção e de repressão social que lhe permite exercer o poder sobre toda a sociedade, fazendo-a submeter-se às regras políticas. O grande instrumento do Estado é o Direito, isto é, o estabelecimento de leis que regulam as relações sociais em proveito dos dominantes. Através do Direito, o Estado aparece como legal, ou seja, como ‘Estado de direito’. O papel do Direito ou das leis é o de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal, e por ser legal e não violenta deve ser aceita. Ora, se o Estado e o Direito fossem percebidos nessa sua realidade real, isto é, como instrumentos para o exercício consentido da violência, evidentemente ambos não seriam respeitados e os dominados se revoltariam. A função da ideologia consiste em impedir essa revolta fazendo com que o legal apareça para os homens como legítimo, isto é, como justo e bom.

Pode-se interpretar esta ideologia imposta, que define o Direito como agente de paz social, como o mesmo poder persuasivo de Saruman, que através da argumentação e da oratória procura convencer a todos de suas boas intenções. Tolkien (2010b), ao descrever a derrota de Saruman, afirma que os personagens temiam as palavras do mago, que pareciam tão acertadas e bem fundamentadas que seria impossível contradizê-las ou criticá-las. Desta forma, a ideia de que o direito é um agente de paz social e apenas isso parece estar arraigada no imaginário social, que se curva ao poder do Estado sem questionar a justiça ou mesmo o benefício a ser originado pelo cumprimento da lei, conforma disserta Chauí (2004).

Importante salientar que, da mesma forma que Saruman promete utilizar o Anel para o “bem maior”, o Direito se mantém com o discurso de promoção do bem comum. Entretanto, da mesma forma que o Saruman age em defesa de seus interesses pessoais em detrimento do interesse coletivo, o Direito, segundo Coelho (2003 p. 349):

não age por si, em virtude de hipotética potencialidade, mas torna-se instrumento

de comunicação normativa, codificando a mensagem dos grupos microssociais hegemônicos e sendo decodificado pela macrossociedade. Muito embora possa considerar-se o direito como produzido por uma estrutura macrossocial, essa produção desdobra-se em outros níveis de produção e reprodução, sendo que a operacionalização desse processo ocorre por meio de atores sociais precisos, que são os magistrados, procuradores, promotores, fiscais, delegados, advogados, etc., apoiados por toda a teia de funcionários da administração pública. Esses operadores são os agentes que manipulam a ideologia jurídica a serviço do poder hegemônico, as mais das vezes inconscientemente.

O Direito age, portanto, em benefício de um poder hegemônico, composto em sua maioria pelas classes elitizadas, conforme afirma Coelho (2003). Assim, utilizando o pretexto de prezar unicamente pela paz social, além de defender interesses estranhos ao bem comum do povo, o Direito adquire validade e legitimidade, na medida em que se porta como fenômeno atemporal, de caráter físico e existência real. Coelho (2003, p. 351) corrobora deste entendimento, afirmando que

O direito [...] passa então a constituir um conjunto de mitos elaborados pela doutrina jurídica através da história, consagrados nas normas e aceitos pelo senso comum como se correspondessem à realidade do homem e da sociedade. [...] Assim, o direito e as instituições não são vistos como criações intelectuais, ou mesmo práticas sociais, mas como algo objetivo que em momento algum é questionado em seu verdadeiro ser.

Coelho (2003, p. 352-353) prossegue, exemplificando de que forma os institutos jurídicos legitimam situações que fogem à suposta teleologia da paz social:

A empresa, em sentido jurídico, [...] dissimula as condições reais da atividade econômica que só se mantém pela exploração do homem pelo homem e, muitas vezes, manifestam-se sob a forma de escândalos financeiros que privilegiam ainda mais os ricos e poderosos em detrimento do povo. [...] Há o mito da personalidade jurídica,

reforçado pelas teorias, grandemente prestigiadas pela dogmática do direito civil, que lhe atribuem a realidade social, como a teoria da instituição e a esdrúxula teoria da realidade técnica. [...] Mas, o grande mito do direito privado, que facilmente se presta à manipulação ideológica, é a noção civilista da autonomia da vontade, erigida em princípio geral, pressuposto essencial dos contratos e fundamentos de toda a teoria das obrigações. [...] É evidente que, na civilização capitalista, cristã e ocidental, [...] a vontade individual não é livre, mas influenciada no sentido de consumismo, das cláusulas de adesão, da imposição do preço para atender aos interesses de quem tem o poder de manipular as regras do direito.

Streck (2005) afirma que no Brasil, “ocorre uma disfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a Lei.”. Assim, embora os governantes devam observar as normas legais no intuito de proteger e defender o bem comum do povo, finalidade precípua do Estado, isto não ocorre. Segundo Streck (2005, p. 34) a razão disto é que

a dogmática jurídica coloca à disposição do operador um *prêt-à-porter significativo* contendo uma resposta pronta e rápida! Mas [...] quando Caio (sic) participa de uma “quebradeira” de bancos, causando desfalques de bilhões de dólares (como no caso do Banco Nacional, Bamerindus, Econômico, Coroa-Brastel, etc.), os juristas só conseguem “pensar” o problema a partir da ótica forjada no modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito.

Observe-se que, portanto, não há uma defesa real do bem comum do povo. O jurista é educado para pensar a questão a partir da óptica positivista, aplicando a lei de forma cega, sem se ater aos impactos sociais a serem originados a partir disto. E vez que a lei, conforme exposto por Coelho (2003), tende a beneficiar uma classe específica, a sua simples aplicação foge aos anseios da pacificação social e bem comum do povo. Streck (2005, p. 35) exemplifica de que forma isso ocorre, ao falar dos chamados “crimes de colarinho branco”<sup>8</sup>:

os resultados são assustadores, bastando, para tanto, examinar a pesquisa realizada

<sup>8</sup> No campo da criminologia, este tipo de crime foi definido como aquele cometido por uma pessoa respeitável, e de alta posição social, no exercício de suas ocupações. Duas características são marcantes nestes crimes: a privilegiada posição social do agente e a estreita relação da atividade criminosa com sua profissão.

pela Procuradora da República Ela Castilho, cujos dados dão conta de que, de 1986 a 1995, somente 5 dos 682 supostos crimes financeiros apurados pelo Banco Central resultaram em condenações em primeira instância na Justiça Federal. A pesquisa revela, ainda, que 9 dos 682 casos apurados pelo Banco Central também sofreram condenações nos tribunais superiores. *Porém – e isso é de extrema relevância – nenhum dos 19 réus condenados por crime de colarinho branco foi para a cadeia!* A pesquisa em questão ressalta, ainda, que o número de 682 casos apurados é extremamente pífio, *em face dos milhares de casos de crimes do colarinho branco que ocorrem a todo ano no país!*

Campos (2003, p. 158), afirma que o Direito Penal brasileiro atua de forma estritamente seletiva, tanto no que se refere ao agente do crime quanto ao bem jurídico tutelado. A referida autora afirma que o sistema penal

destina-se majoritariamente a perseguir as pessoas pobres e os delitos cometidos por essas pessoas, como delitos contra o patrimônio, homicídios, roubos, deixando praticamente intacta a perseguição dos delitos cometidos pelos poderosos, os denominados “crimes do colarinho branco”.

Assim, vez que tais crimes tendem a ser cometidos por cidadãos pertencentes às classes mais abastadas, os interesses destes meliantes específicos são preservados em detrimento do bem comum do povo, vez que o dinheiro público furtado poderia ser revestido em benefício da população em geral. Vislumbra-se neste ponto o mesmo objetivo de Saruman, o mago da obra de Tolkien. Ele objetiva tomar o Anel e realizar “boas” condutas, desde que essas boas condutas se adaptem aos seus interesses particulares. Tolkien (2006, p. 236) compreende perfeitamente esta ideia de utilização do poder em benefício próprio.

*Não sou um “democrata” apenas porque a “humildade” e a igualdade são princípios espirituais corrompidos pela tentativa de mecanizar e formalizá-los, com o resultado de que conseguimos não pequenez e humildade universais, mas grandeza e orgulho universais, até que algum Orc apodere-se de um anel de poder — e então recebemos e estamos recebendo a escravidão.*

Destarte, percebe-se que há muito mais para se ver além das normas positivistas que procla-

mam a paz social. O Direito possui, sim, uma face oculta que, visando proteger aos interesses hegemônicos, pode vir a causar malefícios à sociedade. Coelho (2003, p. 355) adverte a respeito deste suposto bem comum tutelado pelo Direito:

uma imagem ideológica comum, a de que o direito é, a de que ele consiste em algo que possa ser definido no plano teórico e, mais ainda, de que se trata de algo fundamentalmente bom ou, pelo menos, eticamente inquestionável em seus fundamentos essenciais.

Neste sentido, o Direito se mostra mais perigoso que o Um Anel, pois Tolkien (2006, p. 316) diz que “apesar de Sauron multiplicar [...] o mal, ele deixava o ‘bem’ claramente distinguível dele.”. Assim, Tolkien (2006) demonstra conhecimento do caráter oculto do poder, de mascarar-lo e de fazê-lo parecer algo bom. Exemplificando tal ideia, Tolkien (2006, p. 316) informa que

Gandalf como Senhor do Anel teria sido muito pior que Sauron. Ele teria permanecido “justo”, mas farisaico. Teria continuado a governar e ordenar as coisas para o “bem” e o benefício de seus subordinados de acordo com sua sabedoria (que era e teria permanecido grande).

Conforme o que foi exposto, compreende-se o porquê da não utilização do Anel como arma, já que, de acordo com Tolkien (2006, p. 95) “Você não pode enfrentar o Inimigo com o Anel dele sem se tornar um Inimigo.”. Assim, através da instrumentalização de uma obra literária como objeto de estudo, verifica-se a existência de uma teleologia oculta do Direito, que, tal qual Saruman, o mago branco, utiliza o discurso do bem comum e da pacificação social para esconder objetivos não tão nobres, favorecendo classes específicas em detrimento do interesse social.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito é um instrumento de paz social. Mas, não apenas. Diante do exposto, pôde-se demonstrar que a Literatura e, sobretudo a Literatura fantástica, pode ser utilizada como instrumento de análise do Direito, vez que permite uma interpretação livre e equidistante, permitindo a identificação de fatos que ocorrem no mundo real com aqueles ocorridos nas narrativas fantásticas.



Nesta perspectiva, utilizou-se a obra de Tolkien e o personagem Saruman, criado pelo mesmo autor, para analisar se a finalidade precípua do Direito é única e exclusivamente a pacificação social. Ocorre que o Ordenamento Jurídico, não raras vezes, tem sua finalidade precípua desvirtuada, permitindo a ocorrência de arbitrariedades e injustiças. Desta forma, objetivou-se com o presente trabalho convocar uma reflexão crítica, vislumbrando o Direito a partir de uma óptica literária equidistante e, ao mesmo tempo, próxima à realidade jurídica, no intuito de demonstrar que o mesmo instrumento de defesa da paz social pode ser utilizado como legitimador de injustiças, ocultas sob a máscara do bem comum.

Propôs-se um afastamento da realidade cotidiana jurídica, para que, com o auxílio de uma obra fantástica, fosse possível vislumbrar situações corriqueiras sob o disfarce de Saruman e suas muitas cores. O personagem em questão foi eleito pelo motivo de que seu discurso defensor do “conhecimento, liderança e ordem” oculta em si uma finalidade específica, qual seja, defender seus próprios interesses particulares sob o pretexto de defesa do bem comum de todos. Tal aspecto se relaciona diretamente com o objetivo do Direito, qual seja, pacificação social, finalidade que também oculta a defesa de interesses particulares de classes mais abastadas.

Com o auxílio da literatura fantástica, identificou-se uma finalidade dúplice do Direito: a defesa da paz social e a defesa de interesses particulares das classes dominantes. Verificou-se assim, que embora haja uma preocupação verdadeira em preservar a harmonia social, o Direito também permite a ocorrência de desvios em sua finalidade, vez que a lei pode ser (e é) utilizada para beneficiar particulares.

## REFERÊNCIAS

- CAMPOS, Carmen Hein. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 11, p. 155-170, 2003. Disponível em: <<http://150.162.1.115/index.php/ref/article/viewFile/9484/8717>> Acesso em: 6 abr. 2013.
- CARVALHO, Larissa Camacho. *Jovens Leitores D’o Senhor dos Anéis: Produções culturais, Saberes e Sociabilidades*. 2007. 184 f. Dissertação (Mestrado em Educação)–Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. Porto Alegre: SAFE, 2003.
- COLBERT, David. *O mundo mágico do senhor dos anéis*. São Paulo: Sextante, 2002.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e Literatura. Os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardoso e Lon Fuller*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25388-25390-1-PB.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2013.
- HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 2005.
- LOPES, Reinaldo José. *A Árvore das Estórias: uma proposta de tradução para Tree and Leaf, de J.R.R. Tolkien*. 2006. 230 f. Dissertação (Mestrado em Estudos Linguísticos)–Departamento de Letras Modernas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.
- NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de; ZAMBONATO, Carolina Duarte; CAUME, Marina Delgado. *Direito e arte: uma abordagem a partir do cinema e da literatura*. **Revista Discenso**, Florianópolis-SC, ano I, n. 1, 2009.
- SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de. *Notas sobre Direito e Literatura: o absurdo do direito em Albert Camus*. Florianópolis: Ed. UFSC/ Fundação Boiteux, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- TOLKIEN, Christopher. (Org.). *As cartas de J. R. R. Tolkien*. Curitiba: Arte e Letra, 2006.
- \_\_\_\_\_. (Org.). *Contos inacabados: de Númenor e da Terra Média*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.



\_\_\_\_\_. (Org.). *O Silmarillion*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

TOLKIEN, J. R. R. *O Senhor dos anéis: a sociedade do anel*. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

\_\_\_\_\_. *O Senhor dos anéis: as duas torres*. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

\_\_\_\_\_. *Sobre histórias de fadas*. São Paulo: Conrad, 2010c.

## O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: as principais inovações trazidas pela Lei 12.462/11

Ana Clara Caldeira Batista<sup>1</sup>

### RESUMO

O Regime Diferenciado de Contratações (RDC), instituído pela Lei 12.462/2011, foi criado com a finalidade de estabelecer novas regras de licitação e contratos administrativos, destinados à realização de eventos esportivos que serão sediados no Brasil, como os Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016 e a Copa do Mundo de 2014. A necessidade de criação de legislação específica surgiu em razão das deficiências das normas gerais de licitações e contratos administrativos previstas na Lei 8.666/93, que seriam incapazes de atender à urgência exigida para a celebração desses contratos. A partir disso, o presente artigo objetiva estudar o RDC, sob a óptica dos principais aspectos inovadores do procedimento licitatório, como o sigilo dos orçamentos e contratação integrada. Pretende, ainda, apontar as questões suscitadas acerca da constitucionalidade do regime em face das Ações Direitas de Inconstitucionalidade n.º 4.645 e n.º 4.655 propostas em seu desfavor.

**Palavras-chave:** Licitação - Regime Diferenciado de Contratações (RDC) – Inovações - Constitucionalidade.

### ABSTRACT

The Regime Differential Contracts (DRC), established by Law 12.462/2011, was created with the purpose of establishing new rules of bidding and government contracts, for the achievement of sporting events that will be held in Brazil, such as the 2016 Olympic Games and World Cup 2014. The need to create specific legislation arose because of the shortcomings of the general rules of procurement and administrative contracts under Law 8.666/93, which would be unable to meet the urgency required to conclude such contracts. From this, this paper aims to study the DRC, from the perspective of the main innovative aspects of the

bidding process, as the secrecy of integrated budgets and hiring. It also intends to point out the issues raised about its constitutionality in the face of Rights Actions of Unconstitutionality N.º 4.645 and N.º 4.655 proposed to his disadvantage.

**Keywords:** Bidding - Regime Differential Contracts (RDC) - Innovations - Constitutionality.

### 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Medida Provisória (MP) n.º 527, de 2011, posteriormente convertida na Lei 12.462/11, introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), inovando o procedimento licitatório comum que regula as relações contratuais da Administração Pública.

Em sua redação original, a MP se limitava a criar a Secretaria de Aviação Civil, promover alterações na legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e na estrutura do Poder Executivo Federal. No decorrer da tramitação da referida MP, foi introduzido pelo Relator do Projeto o RDC, matéria estranha à originariamente proposta, razão pelo qual se questiona a constitucionalidade formal do regime.

O RDC surgiu a partir da necessidade de atualização das regras de licitação para atender às peculiaridades exigidas na realização dos eventos esportivos que serão sediados no Brasil nos próximos anos.

Objetivou-se, com isso, a flexibilização das regras licitatórias, através da implementação de medidas mais céleres e eficientes, em oposição à burocratização e morosidade provenientes da Lei 8.666/93, legislação esta que estabelece as normas gerais para licitação e contratos administrativos.

Em primeiro plano, o presente artigo visa analisar o RDC, através das tentativas para sua implementação no ordenamento jurídico brasilei-

<sup>1</sup> Acadêmica do 9.º Período de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho

ro. Pretende-se destacar as peculiaridades do regime instituído pela Lei 12.462/11, bem como as suas inovações.

Por fim, busca expor as questões suscitadas acerca da constitucionalidade da legislação, a partir das ADI's de n.º 4.654 e n.º 4.655, apresentadas ao Supremo Tribunal de Federal.

## **2 BREVE HISTÓRICO DA IMPLEMENTAÇÃO DO RDC NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A intenção de reformar o sistema licitatório brasileiro, flexibilizando as normas gerais da Lei 8.666/93, há muito permeia o legislativo e o executivo brasileiros. Isso se dá em razão da necessidade de inovar a lei geral, quebrando as barreiras que incidem sobre o sistema atual das licitações, alvo de inúmeras críticas quanto a efetividade, burocratização e morosidade.

A esse respeito, posiciona Jurkisaitis (2011, p. 2):

O RDC vem justamente para tentar alcançar esse objetivo, driblando as dificuldades que o acompanham. Seu processo tumultuado de elaboração – através de duas medidas provisórias – é um exemplo da dificuldade de se superar os entraves que se apresentam quando o assunto é mudar a Lei 8.666/93.

Através da MP n.º 489, de 2010, o Poder Executivo já tentava instituir o regime diferenciado de licitações e contratos administrativos para aplicação nos eventos como a Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016. A Medida Provisória não prosperou, perdendo sua eficácia em razão da inobservância do prazo constitucional para apreciação pelo Congresso Nacional.

Posteriormente, houve a tentativa frustrada de introduzir Emendas Constitucionais que regulavam a matéria na MP n.º 503, de 2010, sendo rejeitadas no decorrer da tramitação.

Em uma terceira tentativa, foi apresentado Projeto de Lei de Conversão à MP n.º 521, de 2010, que dispunha sobre o RDC, matéria estranha à temática original. Posta em votação, foram afastados os dispositivos que tratavam do Regime, perdendo sua eficácia antes da manifestação do Senado Federal.

O RDC somente foi instituído na tramitação

da MP n.º 527, de 2011, convertida na Lei 12.462/11, a partir do Parecer de Plenário apresentado pelo Deputado José Guimarães. O Parecer concluiu pela apresentação do Projeto de Lei de Conversão, introduzindo ao texto original, dispositivos destinados a regulamentar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

O objetivo precípuo desse Regime visa atender às urgências necessárias para a realização de eventos esportivos de grande renome que serão sediados no Brasil, como a Copa do Mundo de 2014, Copa das Confederações em 2013 e Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, trazendo inovações no que tange às regras de orçamento sigiloso e a contratação integrada.

O RDC objetivou, também, suprir as deficiências da Lei Geral das Licitações, que seria incapaz de atender de forma eficiente as exigências impostas pela situação.

## **3 AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES ORIUNDAS DO RDC**

A Lei 12.462/11 trouxe, em seus artigos 1.º a 4.º, a regulamentação dos aspectos gerais do RDC. Para tanto, definiu o âmbito de incidência da nova regra de procedimento licitatório, aplicável exclusivamente à licitação e contratos administrativos na realização: a) da Copa das Confederações de 2013 e da Copa do Mundo de 2014; b) dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016; c) das obras de infraestrutura e dos serviços para os aeroportos das capitais dos Estados distantes até 350 quilômetros das cidades-sede dos eventos esportivos supracitados.

Com o advento da Lei 12.688, de 2012, foram acrescidos ao objeto do RDC as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). A inclusão dessas situações retirou o caráter transitório que caracterizava o Regime, ficando evidente a intenção da norma em substituir a Lei Geral de Licitações.

A adoção do RDC, nos termos do artigo 1.º, § 2.º, da Lei 12.462/11, afasta as normas gerais de licitação. Essa regra foi corolário de diversas discussões acerca da constitucionalidade do regime, a serem tratadas no desenvolver do trabalho.

No decorrer da análise da legislação, é possível vislumbrar as principais inovações oriundas do RDC, que embora colidam com a Lei Geral de Licitação, afastando expressamente sua incidên-

cia, em alguns aspectos suportam semelhanças e até a sua aplicação subsidiária.

Acerca das inovações do regime, aduz Marinella (2012) que “o RDC pretende o encurtamento dos prazos, simplificação do procedimento e o cumprimento de metas público-privadas.”.

Destarte, a criação do RDC objetivou ampliar a eficiência das contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, bem como o tratamento isonômico entre eles, em busca da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

O procedimento licitatório do RDC, para sua efetiva utilização, deve constar expressamente do instrumento convocatório e afasta a aplicação da Lei 8.666/93.

O primeiro aspecto inovador e polêmico do RDC trata-se das normas de sigilo do orçamento estipulado para contratação, e está previsto no artigo 6.º da Lei 12.465/11.

A regra do artigo supramencionado estabelece que todo o orçamento da licitação será sigiloso, tornando-se público somente após o encerramento da licitação, momento em que se conhecerá o preço estimado da contratação. A publicidade dos atos se limita, apenas, aos órgãos de controle interno e externo.

Nos dizeres de Monteiro (2012, p. 1)

O procedimento ocorre nos seguintes termos: definido o objeto da licitação e estimada a despesa, a Comissão de Licitações divulga o detalhamento do objeto, dos quantitativos e demais informações para a elaboração do orçamento, mas faz constar no instrumento convocatório que o orçamento estimado para a contratação tem caráter sigiloso e que a divulgação deste ocorrerá apenas ao fim da licitação.

O fundamento do Poder Executivo que norteia a adoção dessa regra, conforme assevera Resende (2011) é evitar a prática de elevação dos preços e formação de cartéis. Com isso, objetiva o alcance do menor preço possível, em observância as diretrizes do RDC, em especial, o melhor custo benefício.

No entanto, Resende (2011, p. 41) aponta dificuldades e combate o fundamento, nos seguintes termos:

No mundo real, no entanto, essa ideia, concebida para combater o conluio de licitantes, pode resultar ineficaz quando: a) houver corrupção dos servidores públicos que tiverem acesso às informações sigilosas;

b) os competidores se recusarem a baixar os preços de suas propostas.

O sigilo dos orçamentos colide com as normas gerais de licitação e levanta questionamentos acerca da lesão ao princípio da publicidade e inconstitucionalidade formal da norma.

Nesse sentido, manifesta Monteiro (2012, p. 1):

A crítica de que o art. 6.º viola o princípio constitucional da publicidade é apressada e não pode resistir a um exame mais atento. Nenhum ato da Comissão ficará sem publicidade: os órgãos de controle são comunicados e podem usar todo o seu aparato técnico especializado para acompanhar os certames que assim optarem.

O princípio da eficiência também é outro ponto em que se funda o sigilo dos orçamentos e, para tanto, necessário se faz a ponderação entre ele e o princípio da publicidade, para análise da sua constitucionalidade.

Outra inovação que merece destaque encontra respaldo no artigo 9.º da Lei 12.462/11. Trata-se do novo regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia, a contratação integrada.

No regime de contratação integrada, a atuação do contratado não se limita à execução de obras e serviços de engenharia, sendo também responsável pela elaboração e desenvolvimento dos projetos básico e executivo, bem como por todas as operações necessárias a entrega final do objeto do contrato.

A adoção da contratação integrada visa atingir os objetivos para o qual o RDC foi criado, principalmente no que tange à urgência quanto à realização dos eventos. Isso se verifica devido à redução dos procedimentos previstos na Lei 8.666/93, redução essa que promove a celeridade e restringe os gastos elevados.

A contratação, nesses casos, baseia-se somente no anteprojeto apresentado pelo contratado. Para tanto, o legislador vedou a realização de aditivos contratuais que permitiriam a futura alteração do contrato, como reza o artigo 65, § 1.º da Lei 8.666/93.

A regra, no entanto, não é absoluta e admite exceções. Os aditivos serão permitidos para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, diante de caso fortuito ou força maior ou, ainda, quando necessário à melhor adequação

técnica aos objetivos da contratação, desde que não decorram de erros ou omissões por parte do contratado.

Diferentemente da Lei 8.666/93, o regime de contratação integrada dispensa o projeto básico (art. 8.º, § 5.º), razão que fundamenta as alegações de inconstitucionalidade dessa modalidade de contratação.

A inconstitucionalidade desse regime, portanto, baseia-se tanto no aspecto formal quanto material da norma. A primeira delas se justifica pela contrariedade da regra com a Lei Geral de Licitações, que prevê a indispensabilidade do projeto básico.

No que tange à inconstitucionalidade material, afirma Resende (2011, p. 46)

Materialmente, a contratação integrada, tal como prevista na Lei do RDC, pode conduzir a situações de ofensa aos princípios do julgamento objetivo e da isonomia, além de dar ensejo a situações lesivas ao interesse público. Isso porque até mesmo a elaboração do projeto básico das obras é deixada a cargo do licitante vencedor. Assim, o Poder Público realizará certame sem dispor de balizamento mínimo daquilo que deseja ver executado.

A Lei 12.465/11 fixa, ainda, condições que visam equiparar o regime de licitações da Administração Pública ao regime privado.

Tem-se, uma dessas práticas, a remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato (art. 10). A remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação.

Na esfera procedimental, o RDC inova no que tange a inversão de fases do procedimento licitatório. Nesses casos, a fase de julgamento das propostas precederá a habilitação, que corresponde à apresentação dos documentos e outras obrigações, procedimento estranho ao previsto na Lei 8.666/93. Essa regra, no entanto, coincide com a prevista na modalidade pregão. E as consequências, segundo Resende (2012), são positivas, haja vista que acarreta economia de recursos e tempo.

Além disso, depara-se também com a possibilidade de pregão eletrônico, medida extraída da Lei 10.520, de 2002, segundo a qual as licitações deverão ser realizadas, preferencialmente sob a

forma eletrônica.

#### **4 O RDC À LUZ DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 4.654 E N.º 4.655**

Com o intuito inovador que norteou a elaboração do RDC, inúmeras críticas pairam sobre ele, sendo alvo de questionamentos que acarretaram a propositura de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (n.º 4.645 4 e n.º 4.655) ao Supremo Tribunal Federal, cujos fundamentos serão expostos a seguir.

Como já abordado, o RDC foi introduzido através da Medida Provisória n.º 527, de 2011, que tratava originalmente da alteração da estrutura organizacional do Poder Executivo, bem como da criação da Secretária de Aviação Civil, matéria estranha às disposições inovadoras de licitações e contratos públicos.

Baseado nessa premissa, a ADI 4.655 foi apresentada pelo Procurador-Geral da República (PGR), Roberto Gurgel, com pedido de liminar objetivando suspender a eficácia da norma até o julgamento final da ação.

O PGR sustenta, dentre outros aspectos, a inconstitucionalidade formal do RDC ante a ausência de pertinência temática entre as disposições do regime diferenciado de contratações públicas e a matéria originariamente apresentada pelo Presidente da República.

Sustentando esse entendimento, ensina Moraes (2011) que para apresentação de emenda parlamentar, necessária se faz a observância de pertinência temática, sendo vedadas emendas que versem matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória. Nesses casos, cabe ao Presidente da Comissão Mista de Deputados e Senadores (art. 62, § 9.º da Constituição Federal de 1988) determinar o seu indeferimento liminar.

Nesse sentido, também são os fundamentos apresentados na ADI n.º 4.645, de autoria do PSDB, DEM e PPS, Partidos Políticos de oposição. Sustentam, ainda, que houve violação ao devido processo legislativo, tendo como razão os argumentos já expostos neste artigo.

Ainda no que se refere à inconstitucionalidade formal do RDC, encontram-se fundamentos quanto à falta de competência da União para legislar sobre a matéria objeto da Lei 12.462/11, sob a alegação de que houve violação ao devido processo legislativo e ao princípio da separação dos Poderes.



Sabe-se que a União, nos termos do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, detém competência para legislar sobre normais gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como para as empresas públicas e sociedade de economia mista.

Por normas gerais, na definição de Mello (2010), entendem-se os preceitos que estabelecem os princípios, fundamentos e critérios básicos conformadores das leis que terão, necessariamente, que sucedê-las.

Considerando que o âmbito de incidência da matéria tratada na Lei 12.462/11 versa sobre situações particularizadas – aquelas previstas em seu artigo 1.º – não há que se falar em generalidade, afastando a competência da União para legislar sobre a matéria.

Na ADI 4.655, a Procuradoria-Geral da República (PGR) sustenta a contrariedade da Lei 12.462/11 com dispositivo constitucional que assegura igualdade de condições a todos os concorrentes, haja vista que o seu artigo 1.º não fixa os parâmetros mínimos para identificar as obras, serviços e compras que devem seguir o RDC.

Assim, é a redação do artigo 37, XXI, da CFRB/88

**Art. 37. [...]**

XXI. Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Verifica-se, com isso, que a limitação dos referidos parâmetros é atribuída ao próprio Executivo, sem critérios preordenados, situação esta que colide com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência administrativa.

Diante disso, manifesta o PGR na ADI 4.655 (2011, p. 14):

A ofensa ao artigo 37, XXI, da CR, parece bastante evidente, pois o regime de licitação pública não está definido em lei, e sim,

por ato do Poder Executivo. Não há, reitere-se, qualquer parâmetro legal sobre o que seja uma licitação ou contratação necessária aos eventos previstos na lei, outorgando-se desproporcional o poder de decisão ao Poder Executivo.

No tocante ao regime de contratação integrada, a desconformidade com os ditames constitucionais, como mencionado alhures, encontra-se na ausência de definição exata do seu objeto, capaz de ferir o princípio da isonomia entre os concorrentes.

Nesse íterim, o PGR defende a importância do projeto básico, já que é o instrumento apto para o conhecimento do objeto a ser licitado, para a fixação de exigência de qualificação técnica e econômica pela Administração e, ainda, para definição das características e do valor da obra contratada.

Assevera, ainda, que a concentração do projeto básico e da execução da obra ou serviço desvirtua todos os propósitos da licitação, definidos no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e afronta aos princípios licitatórios.

Por fim, a análise da inconstitucionalidade toca o âmbito da violação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ante a mitigação das medidas compensatórias pela reparação dos danos causados ao meio ambiente.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O RDC, *a priori*, objetivou atender com primazia às necessidades provenientes da realização desses eventos esportivos (Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016) de tamanha importância para o país, contrapondo aos impasses encontrados na Lei 8.666/93.

As inovações trouxeram mecanismos modernos que rompem os obstáculos burocráticos da Lei Geral de Licitação, reduzindo procedimentos e custos, em busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Notou-se, no entanto, que no intuito de atingir essa finalidade, o Poder Legislativo adotou procedimentos mais céleres para incluir o RDC no ordenamento jurídico brasileiro, agindo com inobservância ao devido processo legislativo.

Dessa forma, o método de iniciativa da norma de criação do RDC violou as regras constitucionais, haja vista que foi incluído em MP que tratava de matéria estranha ao regime. Ausente a

pertinência temática, que acarretou a denominação “emendas de contrabando”, não há como afastar a inconstitucionalidade formal da norma.

Por todo exposto, verifica-se que embora necessária à adequação dos procedimentos jurídicos à realidade fática, inclusive no que toca às licitações e contratos administrativos, não se pode afastar a observância do devido processo legislativo e de normas constitucionais em razão dos interesses políticos. Não só isso, mas o RDC encontra falhas que devem ser sanadas para o alcance efetivo do fim ao qual se destina.

### REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei n.º 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis n.ºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória n.º 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei n.º 9.649, de 27 de maio de 1998. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 ago. 2011, edição extra.
- JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Em defesa do RDC. *Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)*, São Paulo, 6 set. 2011. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/961\\_Guilherme\\_Jardim\\_Jurksaitis\\_-\\_Em\\_defesa\\_do\\_RDC\\_-\\_versao\\_pa..pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/961_Guilherme_Jardim_Jurksaitis_-_Em_defesa_do_RDC_-_versao_pa..pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2013.
- KRAWCZYK, Rodrigo. Contratação pública diferenciada: RDC: entendendo o novo regime. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3.190, 26 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21370>>. Acesso em: 27 mar. 2013.
- MARINELLA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MONTEIRO, Vitor Trigo. Comentários sobre o regime diferenciado de contratações públicas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3.152, 17 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21119>>. Acesso em: 27 mar. 2013.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- RESENDE, Renato Monteiro de. O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à Lei n.º 12.465, de 2011. *Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal*, Brasília, DF, ago. 2011. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos\\_discussao/TD100-RenatoResende.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoResende.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2013.
- ROSILHO, André Janjácómo; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Existe licitação para além da Lei 8.666/93? *Sociedade Brasileira de Direito Público*, São Paulo, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/990\\_Guilherme\\_e\\_Andre\\_-\\_Existe\\_licitacao\\_para\\_alem\\_da\\_8666\\_-\\_v..pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/990_Guilherme_e_Andre_-_Existe_licitacao_para_alem_da_8666_-_v..pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2013.

***ARTIGOS DE  
EGRESSOS***

---



## DUPLA FILIAÇÃO PARTIDÁRIA: não-cancelamento de ambas as filiações e Súmula n.º 20 do TSE

Leandro Mendes de Carvalho Leite<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo trata da duplicidade de filiação da possibilidade de não-cancelamento de ambas as inscrições no caso de sua ocorrência, como exige o artigo 22, parágrafo único, da Lei n.º 9.096/1995. Para tanto, foram analisados aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais, constatando-se, ao fim, que a medida de cancelamento de ambas as filiações partidárias é desarrazoada, devendo-se manter nessas situações a última filiação constante nos registros da Justiça Eleitoral ou aquela que for por último informada e devidamente comprovada.

**Palavras-chave:** Direito Eleitoral; Dupla filiação partidária; Súmula n.º 20 do TSE.

**Dual political party affiliation:** non-cancellation of both affiliations and Precedent n. 20 of the Superior Electoral Court.

### ABSTRACT

This paper is about the duplicity of membership and the possibility of non-cancellation of both registrations in the case of its occurrence, as required by Article 22, Sole Paragraph, of Law No. 9.096/1995. It has been analyzed the law, academic works and jurisprudential, concluding that the cancellation of both membership is unreasonable and should be kept, in this situations the last constant in the membership of Justice of Elections Court or the one that is informed at last and properly verified.

**Keywords:** Electoral Law, Dual party affiliation; Precedent n. 20 of Superior Electoral Court.

## 1 INTRODUÇÃO

A Súmula n.º 20 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) trata da possibilidade de comprovação

da qualidade de filiado em partido político por meio de outros elementos além da lista referida no artigo 19 da Lei 9.096/95, até então único meio admitido para a demonstração da filiação partidária.

Assim, será analisado que motivou a edição dessa Súmula pelos Ministros do TSE na formulação do enunciado para que, através desses pontos, seja vislumbrada a possibilidade de aplicação de interpretação semelhante aos casos de dupla filiação partidária – hipótese na qual, conforme o parágrafo único do artigo 22 da Lei 9.096/95, ambas as inscrições seriam canceladas, faltando, assim, a filiação partidária, condição de elegibilidade presente no artigo 14, § 3.º, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) – preservando, assim, a capacidade eleitoral passiva do cidadão.

## 2 FILIAÇÃO PARTIDÁRIA

O parágrafo 3.º do artigo 14 da CRFB estabelece alguns requisitos, condições *sine qua non*, para que alguém esteja apto não apenas a ocupar um cargo eletivo, mas, antes disso, para que possa concorrer ao seu pleito. Tais requisitos são denominados “Condições de Elegibilidade”. Conforme Pinto (2010, p.160):

Elegibilidade é o credenciamento do cidadão para a postulação do registro de sua candidatura na disputa pelo cargo eletivo. Traduz-se no primeiro estágio a ser percorrido por alguém para exercer o seu direito de ser votado. Para sua visualização é necessário: (1) o preenchimento dos requisitos enumerados no artigo 14, § 3º, da CF; (2) a não incidência em incompatibilidade, tampouco nas hipóteses de inelegibilidade relacionadas na Constituição e na Lei Complementar n° 64/90.

A elegibilidade é a capacidade eleitoral passiva, a capacidade de vir a ser eleito para ocupar cargos político-eletivos. É o que torna o cidadão juridicamente apto a se tornar um candidato. O

<sup>1</sup> Advogado; pós-graduado em Direito Público; pós-graduando em Direito Eleitoral.



que torna alguém elegível não é apenas a existência de tais condições: é o registro de candidatura na Justiça Eleitoral (JE). Somente é passível de eleição aquele que pode ser devidamente votado em um dado processo eleitoral.

A principal condição de elegibilidade abordada para os fins desse trabalho é a presente no artigo 14, parágrafo 3.º, inciso V, da Constituição e no artigo 18 da Lei 9.096/95. De seu lado, dispõe a Constituição Federal de 1988:

**Art. 14.** A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 3.º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

[...]

V - a filiação partidária;

[...]

Em complemento, está descrito na Lei 9.096/95:

**Art. 18.** Para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido pelo menos um ano antes da data fixada para as eleições, majoritárias ou proporcionais.

Filiação partidária é o ato pelo qual o eleitor se vincula a um partido político, pressupondo sua concordância com o respectivo programa político. É procedida perante o partido ao qual se pretende filiar e comprovada, em regra, pela lista de filiados que os partidos enviam à Justiça Eleitoral.

Tal exigência, a propósito, deixa evidente que no Brasil não é possível a candidatura avulsa, independente, aquela em que não há um partido que coordene a campanha. Conforme Pinto (2010, p. 164), “o partido detém o monopólio da indicação dos postulantes aos cargos eletivos, cabendo aos eleitores a escolha dos nomes, entre os apontados pelas agremiações para a investidura na representação popular.”.

A filiação partidária consiste no registro do cidadão nos quadros de partido político, feita nos moldes estabelecidos pelo estatuto do partido e sendo regularmente procedida, é fornecido ao filiado comprovante de sua condição perante aquela agremiação.

Os partidos entregam suas listas de filiados à Justiça Eleitoral em abril e outubro de cada ano. O banco de dados da Justiça Eleitoral avançou,

sendo formado agora pelo sistema denominado “Filiaweb”. Através dele, é possível o acesso, por parte da Justiça Eleitoral, a informações de eleitores e partidos em todo o território nacional, podendo também o partido ter acesso a certas informações no sistema, através dos usuários por ele cadastrados.

Por ser condição de elegibilidade, é necessária a comprovação da filiação por determinado tempo – em regra, o período de um ano, porém as agremiações, através de seus estatutos, podem exigir maior lapso temporal de filiação para que alguém se qualifique para tornar-se candidato sob sua legenda. A comprovação desse tempo é feita pelo partido através da lista enviada à Justiça Eleitoral.

Existem ressalvas constitucionais que mitigam ou excluem a exigência do tempo de filiação partidária, por exemplo, frente aos Magistrados (artigo 95, III, CRFB), membros do Ministério Público (artigo 128, II, “e”, CRFB), Ministros do Tribunal de Contas da União e militares (art. 142, § 3.º, V, CRFB).

Sendo a regra, a comprovação é feita por meio de relação de nomes dos filiados do partido político, nos moldes do artigo 19 da Lei 9.096/1995:

**Art. 19.** Na segunda semana dos meses de abril e outubro de cada ano, o partido, por seus órgãos de direção municipais, regionais ou nacional, deverá remeter, aos juízes eleitorais, para arquivamento, publicação e cumprimento dos prazos de filiação partidária para efeito de candidatura a cargos eletivos, a relação dos nomes de todos os seus filiados, da qual constará a data de filiação, o número dos títulos eleitorais e das seções em que estão inscritos.

Em algumas situações ocorre a supressão dos nomes que deveriam constar nessas listas, por mera falha, por decorrência de conflitos internos nos partidos, ou, até mesmo, pelo não envio da lista à Justiça Eleitoral, de modo a acarretar a inelegibilidade de alguém pela simples omissão, proposital ou não, de um nome na relação de filiados do partido.

Na hipótese do não envio da lista de filiados, mantém-se a lista anterior enviada, conforme o artigo 19, § 1.º da Lei 9.096/1995. Sendo assim, ou nos demais casos descritos no tópico anterior, aqueles que restarem prejudicados podem buscar a Justiça Eleitoral a fim de que se faça constar sua filiação pelo tempo mínimo exigido, mesmo que seu nome não conste em lista alguma, conforme entendimento e nos moldes da Súmula n.º 20 do TSE.

### 3 DUPLA FILIAÇÃO

#### 3.1 Fidelidade Partidária

No Brasil, rege o Princípio da Fidelidade Partidária, discutido em outras ocasiões e consolidado no Supremo Tribunal Federal (STF) quando tratou nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3.999 e n.º 4.086, da reiterada prática de alguns eleitos que, após assumir o cargo eletivo, trocavam de partidos, por questões meramente estratégicas. Na ocasião, entendeu-se também que o mandato é do partido; não, do candidato eleito. A partir de então, para mudar de partido no curso do mandato, o eleito deveria proceder de acordo com as resoluções n.º 22.610/2007 e n.º 22.733/2008 do TSE.

A própria CRFB/1988, no artigo 17, parágrafo 1.º, faz referência à citada fidelidade partidária:

**Art. 17.** [...]

§ 1.º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Em respeito à norma, é claro que alguém não possa ser filiado a dois ou mais partidos concomitantemente. Surge aí a questão pertinente à duplicidade de filiação partidária.

#### 3.2 Considerações Sobre a Duplicidade de Filiações Partidárias

Na vigência da Lei 5.682/71, a duplicidade de inscrições em partidos políticos não produzia grandes efeitos. A única providência tomada era o cancelamento de uma das inscrições, conforme descrevia o § 2.º da referida Lei:

**Art. 67.** [...]

§ 2.º A Justiça Eleitoral poderá determinar de ofício o cancelamento da filiação partidária, quando verificar a sua coexistência em outro partido.

A Súmula n.º 14, do TSE, já tendo a Lei 9.096 como parâmetro, também aborda o assunto:

A duplicidade de que cuida o parágrafo único do art. 22 da Lei 9.096 somente fica caracterizada caso a nova filiação houver ocorrido após a remessa das listas previstas no parágrafo único do art. 58 da referida lei.

A Súmula criou regra de transição, sendo considerada a dupla filiação apenas nos casos de nova filiação não comunicada ocorridas após a vigência da Lei 9.096/1995.

Hoje, ao receber as fichas de filiados, o sistema da Justiça Eleitoral (“Filiaweb”) identifica de pronto os casos em que o eleitor possui prévia filiação e, quando detectadas, por força do art. 22 da Lei 9.096/1995, deve-se proceder ao cancelamento de ambas:

**Art. 22.** [...]

**Parágrafo único.** Quem se filia a outro partido deve fazer comunicação ao partido e ao juiz de sua respectiva Zona Eleitoral, para cancelar sua filiação; se não o fizer no dia imediato ao da nova filiação, fica configurada dupla filiação, sendo ambas consideradas nulas para todos os efeitos.

Porém, existem situações em que resta imediatamente caracterizada a dupla filiação partidária, mas o cancelamento não subsiste. Em exemplo citado por Cerqueira e Cerqueira (2011), não subsiste o cancelamento das filiações quando a duplicidade provém de registros com mesmos inscrições, partido e data de filiação; ou nos casos em que há mesmo registro, mesmo partido e data de filiação diferente.

No primeiro caso, um dos registros deve ser prontamente excluído pela área técnica do TSE. No segundo caso, a situação será regularmente examinada pelo Juiz Eleitoral, pois o tempo de filiação influi na capacidade passiva eleitoral. Em ambos os casos, há identificação e análise de ofício para, tão somente, cancelar apenas uma das inscrições.

Para que seja evitada a duplicidade, devem-se adotar algumas medidas, obedecendo ao que a lei e o estatuto do partido exigem para que bem ocorra uma nova filiação. Serão tratados, aqui, apenas os aspectos legais.

O artigo 21 e seu parágrafo único dispõem que o filiado a partido político e que dele deseja se desligar deve comunicar, por escrito, à agremiação e ao Juiz Eleitoral da zona em que for inscrito, sendo o vínculo desfeito após dois dias da data de entrega da referida comunicação.

O fato de o filiado não comunicar o desligamento ao partido e/ou à Justiça Eleitoral, geralmente, não tem efeitos diferentes. Havendo comunicação à Justiça Eleitoral, e faltando comunicação do desligamento ao partido, supre-se a necessidade da última. Se houver comunicação ao presidente do partido, a comunicação à Justiça Eleitoral ficaria suprida. Há tese no sentido de que a comunicação ao Juiz Eleitoral seria suprida, se e somente se, o presidente do partido político anterior for comunicado no dia seguinte ao da nova filiação, conforme Recurso Eleitoral n.º 187/2004.915, procedente da 2.ª Zona Eleitoral de Juiz de Fora/MG.

A diferença entre os últimos dois casos é apenas em relação ao momento da comunicação do desligamento: no primeiro, antes da nova filiação; no segundo, após.

Em regra, faltando uma das comunicações exigidas, caracterizada é a duplicidade de filiações, vez que a lei exige a comunicação a ambos, Juiz Eleitoral e Partido Político, no prazo de 24 horas após a nova filiação. Essa é a posição adotada pelo TSE.

Assim, deve o filiado desligar-se do partido político e, após dois dias, filiar-se a outro partido. Ou pode, antes de desligar-se do partido, proceder à nova filiação, devendo no prazo de 24 horas proceder às comunicações exigidas.

Havendo discussão quanto a esse ponto, é aberto processo em que é verificada a existência das comunicações. Inexistindo, ambas as filiações são canceladas.

Contra a decisão, cabe recurso. Assim, ainda que o pedido de registro de candidatura seja julgado, não se faz transitado em julgado o processo pertinente à filiação.

Os julgados do TSE têm seguido a tendência de fazer prevalecer a situação existente ao tempo da análise do recurso. Se as filiações já restarem canceladas, o registro da candidatura acaba por ser indeferido no recurso ao Tribunal.

Havendo recurso contra o indeferimento do registro, este poderá ser deferido pela instância superior, sobretudo quando já estiver julgado recurso negando a duplicidade.

### 3.3 Da Triplicidade de Filiações Partidárias

Não obstante a existência de duas filiações em partidos diferentes faça sobre ambas incorrer a nulidade, no Recurso Especial n.º 16.477, o TSE

entendeu que, uma vez existente a duplicidade de filiações, a terceira filiação que porventura fosse feita seria válida.

Desta forma, restaria o cidadão livre para proceder à sua filiação em um terceiro partido, pois uma vez ocorrida a duplicidade de inscrições, ambas anular-se-iam, não subsistindo qualquer óbice a uma nova filiação.

Cerqueira e Cerqueira (2011, p. 283), a par do referido entendimento do TSE, ensinam que:

Mesmo no caso de entendimento de cometimento do crime previsto no art. 320 do CE (“inscrever-se o eleitor, simultaneamente, em dois ou mais partidos” – que prevê como pena o pagamento de 10 a 20 dias-multa), não há que se falar em penalidade para o eleitor, eis que caberá transação penal prevista no crime eleitoral do art. 320 do CE. Assim, podemos indignamente afirmar que o “eleitor infrator” ficará impune na seara criminal, pelos mesmos motivos expostos, e na seara cível-eleitoral será “beneficiado” com a terceira filiação em partido diverso, uma vez que o TSE entendeu que ele estava “livre para procurar a legenda que bem entendesse.”.

Também é plausível que, não obstante a decisão do TSE, que o Juiz Eleitoral decreta a nulidade das três inscrições sob o argumento do princípio da boa-fé e razoabilidade.

Ao decidir isso, o TSE abriu um precedente que tornaria desnecessário o cancelamento das inscrições dúplices, pois, para fins práticos, bastaria aplicar a mesma conduta: considerar para os fins de direito apenas a última filiação partidária do cidadão.

### 3.4 Do Crime

Nota-se, ainda, que além de ocorrer a consideração de nulidade das inscrições partidárias, a conduta de se inscrever em dois partidos (ou mais) se subsume ao tipo penal previsto no artigo 319 ou 320 da Lei 4.737/1965 (Código Eleitoral – CE):

**Art. 319.** Subscrever o eleitor mais de uma ficha de registro de um ou mais partidos:  
**Pena** – detenção até um mês ou pagamento de 10 a 30 dias-multa.

**Art. 320.** Inscrever-se o eleitor, simultaneamente, em 2 (dois) ou mais partidos:  
**Pena:** pagamento de 10 (dez) a 20 (vinte) dias multa.

O artigo 319 da Lei 4.737/1965 tem como bem jurídico tutelado a organização dos partidos políticos, sendo, de certa forma, uma norma penal em branco, dependente de outra norma que venha a dispor sobre determinada conduta para que produza seus efeitos.

É necessária a observância da Lei 9.096/1995. Havendo a dupla filiação e estando ela em desacordo com o que a lei dos partidos políticos estabelece, resta configurado o crime.

O sujeito ativo desse delito é o eleitor. Sendo o crime de atuação pessoal, somente o eleitor poderá subscrever a ficha de registro do partido em seu nome. A ser um terceiro que adote tal conduta em nome do eleitor, o crime que se configura é o de falsidade ideológica eleitoral, previsto no artigo 350 do diploma legal ora tratado.

Segundo Ramayana (2006), para a criação de um partido, a Lei 9.096/95, em seu artigo 8.º, menciona a necessidade da subscrição de, ao menos, 101 fundadores, com domicílio eleitoral em, no mínimo, um terço dos Estados, englobando na contagem o Distrito Federal. O tipo criminal estudado busca evitar que um eleitor assine como se fosse fundador de dois partidos, o que atingiria a regularidade formal. Ainda segundo o autor, o delito é uma espécie de falsidade ideológica e admite tentativa.

Como se observa, o artigo 320 também é relacionado à questão da duplicidade de filiações. Ele tutela o controle da Justiça Eleitoral sobre a filiação partidária.

O sujeito ativo é o eleitor, sendo o crime pessoal, de mão própria. O eleitor pode ser também pré-candidato, candidato ou mesmo titular de mandato eletivo.

Admite-se a incidência do artigo 30 do Código Penal no tocante ao concurso de pessoas quanto à comunicabilidade das circunstâncias e a condições de caráter pessoal, pois, neste caso, podem ser elementares para a configuração do crime. Exemplo é o funcionário de partido que atua dolosamente para que o tipo se concretize, sendo, caso induza o eleitor à prática, partícipe moral.

O tipo, segundo Cândido (2005), exige simultaneidade, a filiação a ambos partidos deveria ocorrer no mesmo dia. Há outra vertente, à qual se alinha este autor, e segundo a qual a consumação do crime se daria com a ocorrência da segunda filiação partidária sem a observância dos trâmites necessários para tanto.

A dupla filiação partidária foi o que se visou a criminalizar. Pela primeira vertente, havendo a

filiação em mais de um partido em dias diversos, não restaria configurado o crime, restando ineficiente a proteção ao bem tutelado e desarrazoada a previsão penal.

O que se pode perceber é que os tipos são semelhantes, recaindo diferença apenas na situação em que se encontrava o partido na época da inscrição duplicada do eleitor. No primeiro caso, a dupla inscrição do eleitor é na ocasião de sua fundação, no momento em que se procede ao cadastro dos, pelo menos, 101 fundadores. No segundo caso, a conduta ocorre após o registro do partido, procedendo à efetiva inscrição em mais de um partido político.

### 3.5 A Constitucionalidade do Parágrafo Único do Artigo 22 da Lei 9.096/1995 (ADI 1.465)

O Partido da Frente Liberal (PFL), entendendo inconstitucional o parágrafo único do artigo 22 da Lei 9.096/1995, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que recebeu, no Supremo Tribunal Federal, o número 1.465.

A fim de entender os argumentos utilizados, têm-se aqui alguns pontos discutidos e expostos no relatório elaborado pelo Ministro Joaquim Barbosa nessa ADI:

Sustenta o requerente que o texto “fica configurada dupla filiação, sendo ambas consideradas nulas para todos os efeitos” viola o princípio da autonomia partidária, disciplinado no art. 17, § 1.º, da CF/88. Assim, ao se exigir que a filiação a outro partido deve ser comunicada à Justiça Eleitoral e ao primeiro partido, sob pena de nulidade de ambas as filiações, se estaria submetendo questão de interesse interno partidário “à atividade administrativa da Justiça Eleitoral.”.

O PFL entende que a necessidade de comunicação da nova filiação à Justiça Eleitoral é descabida, pois se trata de atividade atinente apenas à estrutura dos partidos políticos, sendo assunto *interna corporis*. Ou seja, *a priori*, não interessaria ao Estado a observância das mudanças de partido por parte dos filiados, interessando apenas em um momento posterior, seja ele a época de envio das listas. Ainda segundo o Relator já referido

A regra atacada também teria criado tipo de inelegibilidade para além do expressamente previsto na Constituição Federal, pois da dupla filiação sem a aludida comunica-



ção resultaria a condição de não filiado a partido algum, tornando-se o candidato inelegível.

Esse ponto deve ser objeto de maior atenção, vez que ora se adota o termo referente à inelegibilidade de forma técnica e específica, e outra oportunidade de forma técnica e ampla. Sabe-se que a filiação partidária é uma condição de elegibilidade e tais condições, bem como as inelegibilidades, apenas têm sua origem na Constituição ou em Lei Complementar.

Essa exigência legal, quando cumprida, acaba por gerar efeito reflexo na condição de elegibilidade determinada pela filiação a um partido político. A dupla filiação não é causa de inelegibilidade, mas uma situação que indiretamente a acarreta, visto que torna nula a filiação do indivíduo. É mera falta de condição de elegibilidade.

Continua o Ministro Joaquim Barbosa fazendo o relatório da pretensão inicial do Partido da Frente Liberal:

Por fim, requer a declaração de inconstitucionalidade da parte final da norma ou, alternativamente, a “interpretação conforme, pela qual se esclarecerá que a comunicação se faz para efeito meramente declaratório, sem causar, sua inobservância, nulidade das filiações.”.

Integrando os argumentos, alega que a declaração ao partido anterior e à Justiça Eleitoral deveria ser meramente declaratória, sem capacidade de produzir nulidade sobre as filiações. Entendeu-se isso por ser a filiação partidária uma atividade do partido que, seguindo seu estatuto, não sofreria intervenção do Estado. Outrossim, seria a comunicação mera formalidade, que não poderia acarretar a nulidade de ambas filiações, crendo-se, por isso, desarrazoados os efeitos impostos pelo parágrafo único do artigo 22 da Lei 9.096/1995.

A liminar desta ADI foi indeferida por unanimidade. Observa-se abaixo parte do fundamento trazido no relatório, fazendo referência ao Ministro Moreira Alves:

A autonomia de que trata o art. 17, § 1.º, da Constituição, diz respeito à filiação como ato interno do partido político, mas não quando “extravasa do âmbito de um partido pelo interesse que nele tem um outro partido” (fl. 75). Do mesmo modo, o controle pela Justiça Eleitoral, nos limites da lei, estaria plenamente justificado, porquanto

a dupla filiação, além de estar proibida em nosso sistema, interfere no processo eleitoral.

Assim, vislumbra-se que a partir do momento em que uma questão atinente apenas àquele partido produz efeito sobre outro, não pode ela ser tratada de forma a desconsiderar a sua projeção. Ou seja, a filiação é, sim, um assunto *interna corporis*, feito nos moldes do partido a que se filia. Mas, seus efeitos acabam por se propagar no âmbito das relações públicas, não apenas em relação ao estado de filiado de alguém, mas, também, em relação ao partido antigo. Isso interfere de certa forma tanto nas condições de elegibilidade do cidadão quanto pode interferir na própria existência de um partido.

#### 4 A SÚMULA N.º 20 DO TSE

Tendo em vista que casos em que a relação de inscritos no partido enviada à JE não correspondia com os nomes dos efetivamente filiados, sobretudo em relação àqueles que pretendiam disputar as eleições, vislumbrou-se a possibilidade de que tal condição de elegibilidade pudesse ser comprovada por outros meios, conforme a Súmula n.º 20 do TSE, *verbis*:

**Súmula 20.** A falta do nome do filiado ao partido na lista por este encaminhada à Justiça Eleitoral, nos termos do art. 19 da Lei 9.096, de 19.9.95, pode ser suprida por outros elementos de prova de oportuna filiação.

Assim, percebe-se a lista como instrumento principal, porém não exclusivo, de comprovação da filiação partidária, uma garantia adicional de demonstração da qualidade de filiado frente a possíveis indagações em relativas à sua filiação.

Neste caso, então, o próprio prejudicado pode requerer, diretamente à Justiça Eleitoral, a inclusão do seu nome na lista e/ou banco de dados por meio de provas como certidão emanada pelo Cartório Eleitoral, comprovante entregue quando do seu ingresso no partido político ou pela ficha de inscrição, desde sejam inequívocos e constituídos anteriormente, conforme ensinamento de Gomes (2008).

#### 5 DA INTERPRETAÇÃO

Interpretação é a atividade exercida a fim de compreender certa norma, buscar o escopo em



que é aplicada, determinar seu alcance e seus efeitos, entender a *mens legis* e/ou *mens legislatoris*, é a atividade exercida para que a norma seja aplicada de forma condizente aos preceitos que objetivaram sua criação e contexto em que se encontra, buscando a decisão que determine a aplicação justa da norma em determinado caso.

Na análise do enunciado da Súmula n.º 20 do TSE percebe-se a observância de certos elementos e princípios hermenêuticos, bem como de Princípios Gerais do Direito e de princípios próprios da matéria eleitoral, proporcionando, assim, que determinadas normas não incidam de forma errônea e venham a prejudicar direito fundamental do cidadão.

A possibilidade de que alguém, cujo nome não conste na relação entregue pelo partido político, dispute o pleito, se comprovada existência de sua filiação pelo período exigido, não elide qualquer valor pregado na Constituição. Ao contrário, assegura o exercício de um direito fundamental. Percebe-se a regularidade, a consonância, a adequação da interpretação pretendida com os demais preceitos jurídicos, sobretudo com aqueles que consagram direitos e garantias fundamentais, características do elemento sistêmico.

Quanto ao aspecto teleológico, o que se busca é o cumprimento de uma das condições de elegibilidade, seja ela a filiação por no mínimo um ano. Sendo esta a finalidade da norma, é crível que a comprovação dessa condição possa ser feita através de outros elementos além da relação de filiados, principalmente porque o requisito é a filiação a partido político por determinado período, e não a presença do nome na relação entregue pelo partido.

No exercício da exegese se deve observar os princípios que norteiam a interpretação constitucional. O Princípio da Máxima Efetividade visa à interpretação com maior efetividade social; o Princípio da Interpretação Conforme a Constituição busca, dentre as interpretações existentes, a que mais se adapta à Constituição, evitando contrariedades em seu texto; o Princípio do Efeito Integrador, por sua vez, prima o favorecimento da integração política e social, bem como o reforço da unidade política.

A redação da Súmula atendeu aos princípios anteriormente citados, ampliando o efeito social na medida em que evita restrições indevidas aos agentes sociais que aspiram à candidatura, vez que não se admite a existência de interpretação que colida com a essência constitucional – sobretudo, em re-

lação a uma condição de elegibilidade específica – além de contribuir para a integração política e social. Tal fato reforça a unidade política na medida em que possibilita maior leque de candidatos e fortalece a diversidade própria da democracia.

Sobre o Princípio da Proporcionalidade, percebe-se que a interpretação expressada pela Súmula n.º 20 do TSE é acertada, principalmente sob a óptica da razoabilidade. Isso porque é desarrazoada a restrição de um direito fundamental em decorrência da mera omissão de um dado quando este pode ser obtido e comprovado por outros meios.

Nesse sentido, o TSE entendeu ser demasiada a prova da filiação necessariamente através das listas dos filiados entregues pelos partidos (TSE – RO n.º 977, de 14/09/2006).

O Princípio da Legitimidade das Eleições tem grande ligação com o Princípio da Moralidade. Legítimo é aquilo que está de acordo com a ideia de verdade e justiça predominantes. Nota-se que o sentido em que a Súmula opera traz a ideia do que seria o mais adequado. Principalmente, após o crivo dos princípios da Proporcionalidade, Moralidade e da Vedação da restrição de Direitos Políticos, havendo certa presunção que ultrapassa a fé pública inerente ao TSE, alcançando a presunção de legitimidade na medida em que se acredita que tal enunciado realmente compreende a vontade e os anseios do povo, da sociedade.

Por último, frente ao Princípio da Vedação da Restrição de Direitos Políticos, ou Princípio do Pleno Gozo dos Direitos Políticos, pode-se dizer que não se devem restringir os direitos políticos fundamentais. O que é, no mínimo, razoável. Trata-se da priorização dos direitos eleitorais frente eventual dúvida quanto à sua restrição, sendo tal princípio equivalente, no presente caso, ao brocardo latino *in dubio pro reo*, em favor daquele que pretende o sufrágio.

Nesse contexto, percebe-se a coerência da Súmula, vez que suscitada a dúvida em relação à necessidade de inscrição do nome na lista entregue pelo partido se evitou que os direitos daquele que aspira à candidatura fossem ceifados em decorrência de um mero erro, quando for possível comprovar a condição de elegibilidade por outros meios.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dupla filiação partidária realmente é algo a ser expurgado do ambiente da Justiça Eleitoral, pois

afronta o Princípio da Fidelidade Partidária e não tem razão de ser.

Não obstante isso, a disposição que regula o assunto, infligindo o cancelamento de ambas as inscrições, no caso de duplicidade, parece um tanto quanto desproporcional e desarrazoado, uma vez que de forma alguma contribui para a manutenção da fidelidade já ferida em relação à agremiação partidária anterior.

Por ser ato formal e solene, a inscrição em um novo partido carrega a presunção de revogação da declaração de fidelidade anterior, acarretada pela inscrição precedente. Assim como uma lei nova revoga uma lei antiga que trata de modo diferente de um mesmo assunto.

Havendo algum problema em relação à dupla inscrição partidária dever-se-ia cancelar uma delas, como um dia previu a Lei 5.682/71.

Os direitos políticos devem ser preservados ao máximo, de modo que, ocorrendo a situação de duplicidade, dever-se-ia presumir a boa-fé do eleitor, que muitas vezes se submete a nova filiação sem ter a noção dos efeitos dessa mudança no âmbito do Direito Eleitoral.

Dessa forma, a duplicidade seria encarada como equívoco até que se provasse a má intenção dominante sobre ela. Vislumbrada eventual má-fé, ambas as inscrições deveriam ser anuladas, pois é inaceitável que alguém tire proveito de sua própria torpeza.

Assim, percebe-se que a utilização da interpretação e argumentos relacionados à Súmula estudada, lei, doutrina e jurisprudência possibilita a manutenção do Direito, pois a apresentação do nome no eleitor como constante no rol de eleitores de determinado partido por si traz a iminência de constituição de um direito com base apenas na última informação prestada à Justiça Eleitoral.

## REFERÊNCIAS

- ANGELIM, Augusto N. Sampaio. Partidos Políticos (Aula Direito Eleitoral IV). Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 26 Jan. 2010. Disponível em: [www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-eleitoral/128366](http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-eleitoral/128366). Acesso em: 22 dez. 2011.
- BRASIL. Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3.º, inciso V, da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 set. 1995.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A constituição e o Supremo*. 3. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2010.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula n.º 20. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Diário da Justiça, Brasília, DF, 21, 22 e 23 ago. 2000.
- CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 11. ed. Bauru: Edipro, 2005.
- CASTRO, Edson Resende de. *Teoria e prática do direito eleitoral*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6. ed. rev., ampl., e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MASCARENHAS, Paulo. *Lei eleitoral comentada*. 7. ed. São Paulo: Cultura Jurídica, 2006.
- PINTO, Djalma. *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- RAMAYANA, Marcos. *Código eleitoral comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 5. ed. São Paulo: Forense, 1999.

***AUTOR CONVIDADO***

---



## FAMÍLIAS

Famblo Santos Costa<sup>1</sup>

### RESUMO

Este artigo tem como objeto estudar a definição de família, os seus princípios constitucionais norteadores, e, em seguida, uma análise de algumas espécies de entidades familiares e a sua interpretação legal e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** família, princípios constitucionais, entidades familiares, interpretação legal e jurisprudencial.

### ABSTRACT

This article is about studying the definition of family, their guiding constitutional principles, and then an analysis of some species of family entities and their legal interpretation and jurisprudence.

**Keywords:** family, constitutional principles, family entities, legal and judicial interpretation.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura descortinar, na doutrina, jurisprudência e legislação pátrias, a família. Com o advento da Constituição da República de 1988, remodelou-se a família brasileira, em seu art. 226, estabelecendo que esta é a base da sociedade e deverá receber especial proteção do Estado.

A importância de se pesquisar a família e as entidades familiares é em virtude de um tratamento não pacificado, quanto a algumas espécies reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras. Em especial, nas relações homoafetivas e não monogâmicas. Constituiu-se, pois, o tema central do presente estudo.

O preconceito e a discriminação em relação às diversas espécies de famílias estão sendo rechaçadas pela maioria dos doutrinadores pátrios,

e também pelos Tribunais. Mas, é de se destacar que as questões levadas à solução dos Tribunais, têm, em sua maioria, um cunho patrimonial. E a relação pessoal das pessoas envolvidas não está sendo bem desenvolvida.

Procurou-se, neste trabalho, não esgotar o assunto ou fazer uma pesquisa exaustiva da doutrina, legislação e jurisprudência, mas entender como se está trabalhando com as espécies de entidades familiares no Brasil.

Para isto, foram estabelecidos como objetos do presente trabalho a definição de família, o estudo dos princípios constitucionais que protegem a família, e, em seguida, a feitura de uma análise de algumas espécies de entidades familiares e a sua interpretação legal e jurisprudencial. Por fim, foram elencadas algumas considerações finais.

### 2 FAMÍLIA: UMA DEFINIÇÃO?

Cumprido, inicialmente, fazer uma reflexão sobre a definição de “família”. Originário do latim, o vocábulo representava o conjunto das propriedades de alguém, incluindo escravos e parentes. O termo família vem de *famulus*, que significa escravo doméstico. Já para Farias e Rosenvald (2009, p. 8), a origem da palavra *família* vem da língua do povo indo-europeu osco (povo habitante da península italiana), *famel* (da raiz latina *famul*) e significaria servo ou conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão.

Além de uma análise etimológica, pode-se definir família de algumas formas.

Groeninga (2008, p. 22) diz que

segundo a sociologia, a família é relação privada em que se tecem as ligações particulares entre seus diferentes membros, por meio das práticas de cada um. Os laços afetivos, mas também os laços econômicos, com uma repartição de deveres, de responsabilidade e de respectivos poderes, fazem de cada família, sobretudo em nossa épo-

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais. Professor da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Professor da Universidade Estadual de Montes Claros.



ca, uma configuração original. Mas a família é também uma instituição social, com normas jurídicas que definem direitos e deveres de cada um e que a sociedade deve garantir, seja qual for sua configuração.

Esta definição contempla uma análise individual e privada, mas, também, da família como instituição social, estruturada e protegida pelas normas jurídicas. Esta é a posição de Claude Levy-Strauss, citado por Leite (1991), que considera a família como um resultado da organização social.

Antônio Jorge Pereira Júnior, na obra coletiva de Bonavides, Miranda e Agra, traz uma definição da filosofia social, da seguinte forma: “família é uma sociedade natural, primeira e principal entidade responsável pela formação da pessoa humana.” (2009, p. 2.370). E outra definição com um ponto de vista jurídico: “[...] seria uma *sociedade doméstica*, enquanto interiormente se comportaria como uma *comunidade doméstica*.” (2009, p. 2.371, grifos originais).

Este último sentido de família, o jurídico ou normativo, nas palavras de Lobo, seria composto por duas estruturas associadas, que seriam os vínculos e os grupos. Lobo (2009, p. 56) explica da seguinte forma:

Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família, é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).

O Ministro Ayres Brito, do Supremo Tribunal Federal, quando do seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277, disse que

família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana.

A compreensão do termo família é complexa, pois existe uma variação de tempo, espaço, e das ciências que a estudam, como a Sociologia, a Psicologia, a Antropologia, a Filosofia e o Direito. Ela evolui desde uma análise de caráter natural, histórico e patrimonialista, até a atual visão funda-

da na busca da formação e realização da pessoa e de seus integrantes, com sustentáculo no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade humana (FARIAS; ROSENVALD, 2009; GROENINGA, 2008; DIAS, 2009). Deixou de ser uma célula do Estado, para ser considerada base da sociedade, e obrigatoriamente protegida por aquele (art. 226, da Constituição Federal de 1988).

### 3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS PARA A PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

Muito se escreve sobre normas jurídicas, e o que se tem como sedimentado na doutrina é a sua divisão em regras jurídicas e princípios jurídicos (ÁVILA, 2003). Sem querer estender demasiadamente, pretende-se conceituar os princípios jurídicos, para só depois trabalhar com os princípios fundamentais para a compreensão e proteção da família.

Na lição de Mello (2003, p. 817-818), princípio é

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamentalmente que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Confirmando a natureza de um mandamento, o doutrinador italiano Vezio Crisafulli, citado por Bonavides (1999, p. 245), afirma que “todo princípio tem eficácia e que ‘os princípios são normas escritas e não escritas, das quais logicamente derivam as normas particulares (também estas escritas e não escritas) e às quais inversamente se chega partindo destas últimas’.”

Assim sendo, é com este final conceitual que serão analisados os princípios fundamentais para a compreensão e proteção da família. Mas, deve-se referir que não é consenso entre os doutrinadores quais seriam estes princípios. Por exemplo, Francisco Amaral, citado por Dias (2009), utiliza onze princípios fundamentais a respeito da organização e proteção da família. A própria Dias (2009, p. 59-71) utiliza os princípios da monogamia,

dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e respeito à diferença, solidariedade familiar, proteção integral a crianças e adolescente (seria importante acrescentar a proteção integral ao idoso, e conforme a Emenda Constitucional n.º 65/2010, o jovem), proibição do retrocesso social, e afetividade.

Lobo (2009) cita os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da igualdade e direito à diferença, da liberdade às relações de família, da afetividade, da convivência familiar e do melhor interesse da criança (como dito anteriormente, incluem-se os interesses do jovem e do idoso). Farias e Rosenvald (2009) citam a pluralidade das entidades familiares, a igualdade, o planejamento familiar e paternidade responsável e a facilitação da dissolução do casamento.

Como não se pretende fazer referência a todos os autores que dividem o estudo da família elencando princípios estruturadores da família, faz-se uma escolha, a partir dos doutrinadores citados, dos princípios importantes para o presente trabalho.

### 3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Quando se trata de pessoa, lembrou muito bem Alves uma expressão de Romano Guardini, nos seguintes termos: “A pessoa é um fato que incessantemente desperta um espanto existencial.” (2001, p. 1).

Mas o que se pode entender por pessoa? Pessoa, na concepção jurídica, será aquele que, tendo vida, será titular de direitos e deveres. Já filosoficamente, pessoa é a substância individual de natureza racional (MONTORO, 2000), esta racionalidade que é reconhecida à pessoa como um fim em si mesmo, diferenciador dos seres que não são providos de razão, conforme Kant, citado por Silva (1998, p. 90),

[...] os seres racionais são chamados de *personas*, porque sua natureza já os designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção o nosso arbítrio, por ser um objeto de respeito.

Mais filosoficamente, Xavier (2000, p. 220; 2004, p. 43-44) diz que “a pessoa se constitui em um fim em si mesmo, porque é um centro de liberdades capaz de transcender-se e superar-se continuamente.”.

A dignidade da pessoa (DELPÉRIÉ, 1999, p. 153) é reconhecida desde a antiguidade clássica, em que esta é associada à posição social ocupada pelo indivíduo e pela sua aceitação na sociedade. No pensamento estoico, a dignidade era o qualificativo do ser humano e que o distinguia das demais criaturas (SARLET, 2001).

Esta noção de dignidade, sustentada de modo especial no âmbito da filosofia estoica, encontra-se, por sua vez, intimamente vinculada à noção de liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à idéia de que todos os homens, no que tange à sua natureza humana, são iguais em dignidade. (SARLET, 2004, p. 111).

Os direitos humanos têm como ponto central a dignidade humana, que passa a ser inscrita nas Constituições dos Estados que têm o compromisso de reconhecer a importância do ser humano como centro de todas as ações.

Na verdade, afirmar a “dignidade da pessoa humana” é reconhecer a autonomia ética do homem, de cada homem singular e concreto, portador de uma vocação e de um destino, únicos e irrepetíveis, de realização livre e responsável, a qual há de cumprir-se numa relação social (e de solidariedade comunitária) assente na igualdade radical entre todos os homens – tal que nenhum deles há de ser reduzido a mero instrumento ou servo do “outro” (seja outro homem, seja o Estado). E sublinhar esse princípio como fundamento da República – isto é, do Estado – é dizer que este se constrói a partir da “pessoa”, e para servi-la. Ou seja – e numa perspectiva mais acentuadamente política – que há de ser um Estado de “cidadãos”. (COSTA, 1999, p. 191-192).

A Constituição da República de 1988 instituiu como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inciso III), e no Capítulo VII, que trata da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, este princípio que é sua base foi referido, expressamente, mais três vezes.

O valor supremo deste princípio pode ser debatido à luz de seu conteúdo. E Sarlet (2001, p. 41-46) propõe duas formas de se analisar: a) a dignidade como elemento que qualifica o homem e, b) a dignidade como elemento que não qualifica o homem.

Assim, Sarlet (2001, p. 46), baseando-se em Ernst Benda, preceitua que para que “[...] a noção de dignidade não se desvaneça como mero apelo ético impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana.”. E complementa dizendo que

é justamente neste sentido que se assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade [...]. (idem, ibidem).

Como tarefa dos poderes estatais, a dignidade não se adere a uma prestação do Estado, mas sim uma conquista de cada indivíduo. E, por fim, Sarlet (2001, p. 47-48) diz que não é “tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas sim, as condições para a realização da prestação.”.

Para derradeiro, não se pode deixar de trazer as palavras de Sarlet (2001, p. 60).

*Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.* (grifos originais)

Dias (2009) afirma que o Direito das Famílias está umbilicalmente ligado aos Direitos Humanos, e, portanto, tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana, que é solo apropriado para o desenvolvimento da pessoa e da família (COSTA, 2006, p. 61-74, *passim*).

### 3.2 Princípios da Liberdade, Igualdade e Direito à Diferença

Os princípios da liberdade e da igualdade sempre foram considerados basilares dos direitos

humanos.

#### O princípio da liberdade (ou direitos civis)

são aqueles que, mediante garantias mínimas de integridade física e moral, bem assim de correção procedimental nas relações judicantes entre os indivíduos e o Estado, asseguram uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um. [...] São direitos titulados pelos indivíduos e exercidos, em sua grande maioria, individualmente, embora alguns somente possibilitem o exercício coletivo [...]. O Estado tem o dever de abstenção ou de não-impedimento e de prestação, devendo criar instrumentos de tutela como a polícia, o Judiciário e a organização do processo. (SAMPAIO, 2010, p. 242).

Para Dias (2009), o princípio da liberdade, no âmbito familiar, concretiza-se na possibilidade de escolher o seu par, seja do sexo que for, e, também, o de optar pelo tipo de entidade familiar. A mesma doutrinadora reforça “em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual. Há a liberdade de extinguir ou dissolver o casamento e a união estável, bem como o de recompor novas estruturas de convívio.” (DIAS, 2009, p. 63). E se deve lembrar que, conforme o art. 226, § 7.º da CR/88, o planejamento familiar é de livre decisão da família, cabendo ao Estado unicamente propiciar recursos educacionais e científicos para uma melhor escolha.

O princípio da igualdade “impõe a necessária identificação das diferenças dos seres humanos, requisitando uma especialização de natureza subjetiva de modo a resguardar os especialmente necessitados ou marginalizados (minorias, doentes, presos, mulher, deficientes, criança e idoso).” (SAMPAIO, 2010, p. 244). A Ministra Carmem Lúcia, citada por Silva (2005, p. 214), diz que “igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.”. Arrematando, para Sarmento (2010, p. 136) “Um dos corolários mais evidentes deste princípio [da igualdade] consiste em impedir que se negue aos integrantes de um grupo a possibilidade de desfrutarem de algum direito, apenas em razão de preconceito em relação ao seu modo de vida.”.

Esta direção interpretativa pressupõe a compreensão do que é diferente. Piovesan (2009, p. 296) expõe que “o temor à diferença é fator que permite compreender a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal.”, sendo que, historicamente, tornou-se insuficiente tratar os indivíduos de forma genérica, geral e abstrata, fazendo-se necessária a especificação do indivíduo, como sujeito de direito. Rothenburg (2009), citando Daniel Sarmiento e Luís Edson Fachin, afirma que a Constituição brasileira baseia-se na concepção de isonomia substantiva, não se resumindo a proibição de exclusão, mas presumindo uma obrigação de inclusão ou o reconhecimento de certas diferenças, a ser patrocinada pelo Estado (art. 3.º, IV, CR/88).

### 3.3 Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com superioridade sobre os valores patrimoniais destas relações. É um princípio implícito na Constituição da República de 1988 e constitui a evolução social da família brasileira, com se mostra nos arts. 227, § 6.º (igualdade entre os filhos havidos ou não de um casamento), 227, §§ 5.º e 6.º (trata da adoção), 226, § 4.º (entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes) e 227 (convivência familiar). (LOBO, 2009).

Para Dias (2009), a Constituição da República de 1988 consagrou o afeto quando reconheceu: a) a tutela da união estável, constituída independentemente de casamento, adotou o afeto, que une e enlaça duas pessoas; b) a proibição de desigualar os filhos biológicos e socioafetivos; c) a preponderância da solidariedade recíproca; d) a convivência familiar com laços de afeto e de solidariedade e não de sangue; e) possui um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família; e, f) valorizando as relações de sentimentos entre seus membros e as funções afetivas da família.

Lobo (2009), ao contrário de Dias, diferencia o princípio jurídico da afetividade e o afeto. Este último seria um fato psicológico ou anímico, e aquele é um dever imposto entre pais, filhos e outros membros de uma família, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles, nas dimensões da solidariedade e cooperação familiar, na concepção eudemonista, na funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus mem-

bro, na igualdade **entre** os integrantes familiares e na primazia do estado de filiação, independentemente da origem biológica ou não biológica.

## 4 FAMÍLIAS: ANÁLISES DOUTRINÁRIA, LEGAL E JURISPRUDENCIAL

Procura-se neste trabalho descortinar elementos estruturantes que facilitarão a compreensão da classificação das famílias estudadas pela doutrina, e tratadas na legislação brasileira e na jurisprudência dos Tribunais nacionais. Porém, deve-se alertar que o trabalho não terá a pretensão de esgotar o tema e exemplificar com toda jurisprudência e legislações brasileiras. Optou-se, no caso da jurisprudência pátria, a exemplos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, e, no caso da legislação, a federal.

Classificar as famílias no Direito brasileiro não é uma atividade fácil, mas Lobo (2009, p. 56-57) elencou as unidades de convivências encontradas no Brasil. São estas as suas palavras:

- a) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos;
- b) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e filhos não biológicos, ou somente com filhos não biológicos;
- c) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou apenas não biológicos (união estável);
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental);
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (entidade monoparental);
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos;
- h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;



j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos da posse de estado de filiação.

E destas situações pode-se especificar as famílias monoparentais, anaparentais, pluriparentais, matrimoniais, uniões homoafetivas, uniões estáveis, paralelas e extensas.

#### 4.1 Famílias Monoparentais, Anaparentais, Pluriparentais e Extensa ou Ampliada

A família monoparental é aquela formada pela união de um dos pais e seus descendentes. Esta modalidade de entidade familiar foi constitucionalizada no art. 226, § 4.º da CR/88. Para Dias (2009, p. 48), o “enlaçamento dos vínculos familiares constituídos por um dos genitores com seus filhos, no âmbito da especial proteção do Estado, atende a uma realidade que precisa ser arrostada.”

A família pluriparental, tratada por Dias (2009), seria também denominada de entidades reconstituídas ou recompostas ou *ensambladas* ou mosaico, que seriam:

estrutura familiar originada no matrimônio ou união de fato de um casal, no qual um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou relação prévia. [...] resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não-matrimoniais e das desuniões. A multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência, ao caracterizarem a família mosaico, conduzem para a melhor compreensão desta modelagem. A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamento ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum. (DIAS, 2009, p. 49).

Dias (2009, p. 48), ainda, explica o que se deveria entender por família anaparente como sendo “a convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito [...]”. O exemplo dado seria o da convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial, e que constitui uma entidade familiar.

A diferenciação entre estas espécies de famílias seriam a unidade ou pluralidade de pais, pois na primeira o Direito protege qualquer dos pais e seus descendentes ou a relação de casais com filhos comuns ou não, e a última a relação entre parentes ou não sem vínculo matrimonial ou de união estável.

Quanto à pessoa solitária ou anaparental, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme Recurso Especial (REsp) 205170, em 2010, diz:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1.º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4.º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1.O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1.º da Lei 8.009/90 e 226, § 4.º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. 2. Recurso especial conhecido e provido.

A convivência de irmãos solteiros foi reconhecida no REsp 159851, e, também, na Súmula n.º 364 do STJ, que garante a impenhorabilidade de bem de família aos imóveis das pessoas solteiras, separadas e viúvas.

A família extensa ou ampliada foi regulamentada pela Lei 12.010/10, que modificou o Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente acrescentando o parágrafo único no art. 25, assim:

**Art. 25.** [...]

**Parágrafo único.** Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes pró-



ximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Para Rossato, Lépre e Cunha (2011), o núcleo familiar são os pais, filhos (unidade do casal) e abarca os parentes próximos que convivem e mantêm vínculos de afinidade e afetividade com a criança e o adolescente.

#### 4.2 Famílias Matrimoniais

Decorrente do casamento, a família matrimonial goza de privilégios distintos desde a codificação Beviláqua, e foi tida, por muito tempo, como única família legítima. Segundo Farias e Rosenvald (2009, p. 91), “fora do casamento a família era ilegítima, espúria ou adulterina, e não merecia a proteção do ordenamento jurídico familiarista, projetando efeitos, tão-somente, no âmbito das relações obrigacionais.”

O matrimônio é uma das formas de constituição da entidade familiar, que mereceu destaque na Constituição da República de 1988, no art. 226, §§ 1.º e 2.º. Trata-se de uma união formal e solene, entre homem e mulher, conforme preceituam os arts. 1.511 a 1.570 do Código Civil.

#### 4.3 Famílias Provenientes de Uniões Estáveis

Para Dias (2009 p. 161-162), o Código Civil não conceitua a união estável, mas apenas “limitou-se a reproduzir a legislação que existia, reconhecendo como estável (CC, art. 1.723) a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.”. Ainda para Dias (2009), a Constituição Federal de 1988 garantiu especial proteção à família, acabando por equiparar algumas entidades familiares, contudo não as igualando. Situação facilmente constatada perante o tratamento diferenciado dado pelo legislador constituinte para os conviventes e cônjuges.

Tepedino, em posição contrária, diz que:

A Constituição Federal, contudo, não pretendeu equiparar entidades heterogêneas, identificando a relação familiar de fato com o mais solene dos atos jurídicos. [...] À união estável como entidade familiar, aplica-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos da família não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado [...]. a

entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio. (2004, p. 385).

Faz-se ainda, necessário ressaltar que o mero convívio por si só não configura a união estável (RE n.º 418376 – STF), sendo imprescindível a existência de estabilidade, e, ademais, conforme Facchin (2000, p. 137) “a união estável é, pois, família, que, como tal, não constitui, necessariamente, entidade meio para o casamento, por ser, não raro, uma opção dos conviventes.”

Importante destacar que a união estável não se confunde com concubinato (disciplinado pelo art. 1.727 do Código Civil) tendo este como elemento característico a existência de impedimento para o casamento. Situação inversa atribuída aos conviventes, que possuem garantia constitucional visando facilitar a conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3.º da CRFB/88). Consulte-se ainda o RE 590779, dizendo o Ministro Marco Aurélio que “O concubinato não se iguala à união estável referida no texto constitucional, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de consequências, do casamento. Gera, quanto muito, a denominada sociedade de fato.”

#### 4.4 Famílias Decorrentes de Uniões Homoafetivas

Lobo (2009, p. 68), questiona e posiciona se “As uniões homossexuais seriam entidades familiares constitucionalmente protegidas? Sim, quando preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família.”

Ademais, qualquer litígio que envolva este tipo de entidade familiar, é ainda objeto de muita celeuma jurídica, pois o legislador ainda não cuidou desta forma de constituição familiar. Para Dias (2008, p. 185), “a omissão da lei dificulta o reconhecimento de direitos, [...] o que faz crescer a responsabilidade do Poder Judiciário”. Timidamente, a Lei n.º 11,340, de 7 de agosto de 2006, possibilitou a sua aplicação aos casos de violência contra mulher, e no parágrafo único do art. 5.º disse que “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

Destacam-se duas posições doutrinárias utilizadas para o reconhecimento dos direitos de casais homoafetivos. A primeira, permeada por princípios constitucionais, tais como a dignidade da

pessoa humana, a igualdade e a isonomia, bem como, pela previsão legal disposta no art. 4.º do Decreto-Lei 4.657, de 4-9-1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), admite a aplicação, por analogia, das regras reconhecedoras de direitos aos conviventes em união estável. Enquanto para a segunda corrente, severamente combatida por associações que lutam pela igualdade dos direitos dos homossexuais e afins, reconhece a existência, não de uma entidade familiar, mas tão somente, de uma mera sociedade de fato.

A posição de Lobo (2009) parece ser a mais adequada, ao afirmar que a ausência de legislação não é justificativa para se negar a possibilidade de reconhecimento desta união, mas não precisa ser equiparada à união estável. As uniões homoafetivas são protegidas constitucionalmente, mas com uma natureza própria.

O que caracteriza a união homoafetiva é o vínculo afetivo, e não natureza sexual desta união. Isto é reconhecido pelos Tribunais, mas até então tem um cunho, não exclusivamente, patrimonial, como se pode ver no REsp 238715-RS (Rel. Min. Humberto Gomes de Barros), REsp 502995-RN (Rel. Min. Fernando Gonçalves), REsp 889852-RS (Rel. Min. Luís Felipe Salomão), REsp 323370-RS (Rel. Min. Barros Monteiro), REsp 148897-MG (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar), ADI 3300-MC (Rel. Min. Celso de Mello), ADPF 132-RJ (Rel. Min. Ayres Brito (inclusive com manifestações do AGU e do PGR) e Pet 1984 (Min. Marco Aurélio), RESPE (Recurso Especial Eleitoral) 24564-PA (Rel. Min. Gilmar Mendes).

Em resumo, a união homoafetiva é cercada de preconceitos e discriminações, porém, como foi supratrabalhado, o Estado tem por obrigação proteger a família, e isto pressupõe concretizar os princípios que protegem a família (dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, não discriminação – direito à diferença – e afetividade), que estão representados principalmente nos arts. 1.º, III, 3.º, I e IV, 4.º, II, 5.º, *caput* e I, e 226, todos da CRFB/88.

Para ilustrar algumas posições. Reconhece ser vedado qualquer tipo de discriminação à pessoa em razão de sua opção sexual:

DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA - ART. 226, § 3.º DA CF/88 - UNIÃO ESTÁVEL - ANALOGIA - OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PES-

SOA HUMANA - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - VERIFICAÇÃO. - Inexistindo na legislação lei específica sobre a união homoafetiva e seus efeitos civis, não há que se falar em análise isolada e restritiva do art. 226, § 3.º da CF/88, devendo-se utilizar, por analogia, o conceito de união estável disposto no art. 1.723 do Código Civil/2002, a ser aplicado em consonância com os princípios constitucionais da igualdade (art. 5.º, *caput*, e inc. I da Carta Magna) e da dignidade humana (art. 1.º, inc. III, c/c art. 5.º, inc. X, todos da CF/88). (TJMG Apelação Cível n.º 1.0024.09.484555-9/001(1). Rel. Des. Elias Camilo).

O Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132 e ADI n.º 4277, com o voto do Relator Min. Ayres Brito, reconheceu como instituto jurídico a união homoafetiva. Disse mais, o tratamento constitucional da instituição da família não empresta a este substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica, mas deve ser interpretado de forma não-reducionista. Confirma o reconhecimento da união homoafetiva como família, interpretando o art. 1.723 do CC em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”).

#### 4.4.1 Famílias homoafetivas decorrentes de casamento

Para fins de referência, grande discussão é a possibilidade ou não de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sarmento (2010), em seu artigo “Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: perspectivas constitucionais” faz uma pertinente análise doutrinária e jurisprudencial brasileira e estrangeira, e, também, de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição. O doutrinador entende ser possível o casamento, entre pessoas do mesmo sexo, independentemente de qualquer mediação legislativa, em razão da aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, da liberdade e da proteção da segurança jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça, através da sua 4.ª Turma, reconheceu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo), fazendo uma interpretação (conforme a Constituição) dos arts. 1.514, 1.521, 1.523 e 1.565, que não vedariam expressamente a habilitação e o casamento (REsp. 1183378).

#### 4.5 Famílias Paralelas

A família paralela origina-se de uma duplicidade ou multiplicidade de relacionamentos afetivos simultâneos, seja o casamento com o concubinato, casamento com união homoafetiva, união estável com união estável, união estável com união homoafetiva. Não se compreende, pelo Direito brasileiro, a possibilidade de um relacionamento paralelo entre pessoas civilmente casadas, pois o Código Penal no art. 235 tipifica a bigamia, ou seja, contrair alguém, sendo casado, novo casamento.

Dias (2009, p. 50) fala que “a repulsa aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer, e a indivisibilidade a que são condenados só privilegia o ‘bígamo’”. A justificativa para a reprovabilidade desta espécie de família seria a monogamia, mas Dias (2009, p. 51) contra-argumenta, citando Carlos Eduardo Pianovski, dizendo: “a monogamia não é um princípio do direito estatal da família, mas uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sobre a chancela prévia do Estado.”

O Ministro Massami Uyeda, do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1107192, em 20/04/2010, destacou em seu voto que:

Deve o juiz, ao analisar as lides de família que apresentam paralelismo afetivo, de acordo com as peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

Porém, a posição predominante nos Tribunais e a legislação é de tratar as relações paralelas como sociedade de fato, e quando houve um casamento, o cônjuge terá prevalência de direitos sobre o(a) “concubino(a)”. São exemplos os REsp 229069 (Rel. Min. Fernando Gonçalves), REsp 303604 (Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior), REsp 100888 (Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior), REsp 742685 (Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca), REsp 1157273 (Rel. Min. Nancy Andrichi), REsp 1096539 (Rel. min. Luís Felipe Salomão).

No REsp 912926, tendo como Relator o Ministro Luís Felipe Salomão, as uniões estáveis simultâneas não são reconhecidas pela ordenamento brasileiro, que privilegia a exclusividade de relacio-

namento sólido. Com efeito, diz o Min. Luís Felipe Salomão, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele que se pretende proteção jurídica, daí por que se mostra inviável o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas.

O Supremo Tribunal Federal, no RE 590779, não reconheceu a possibilidade de se ter uma união estável paralela. Porém, o mesmo Colendo Tribunal irá julgar o ARE n.º 656298 após reconhecer ter repercussão geral às questões constitucionais alusivas à possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável homoafetiva e à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes.

#### 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, procurou desenvolver jurisprudencialmente e com aporte em algumas legislações, a definição de família, a relação familiar ou tipologia de famílias e a proteção do Estado. Consta-se que muito se precisa desenvolver para uma maior efetivação da Constituição brasileira, principalmente, com um tratamento mais valorativo da pessoa humana.

As relações familiares são reconhecidas pela sociedade com diferenças, principalmente daquelas que fogem de um senso comum de formação da família. A liberdade, igualdade e fraternidade entre as pessoas precisam ser mais respeitadas, e para isto deixa-se uma fala de Sampaio (2009, p. 286), quando disserta sobre a onda geracional dos Direitos Humanos:

um mínimo denominador comum que vem do passado e supera as dores do contínuo parto da convivência com justiça, palavra mágica e traiçoeira, quase objetivista e fetichizante até, traz a lembrança de que liberdade, igualdade e solidariedade se devem conjugar em um equilíbrio que nos remete a tais exigências. Algo que se acrescenta a um certo “patriotismo pela convivência” traduzida no respeito às regras do jogo – se justas (equitativas) forem – e à Constituição que atenda àquele equilíbrio, suportada por uma espécie de “cláusula de lealdade” que nos faz parceiro do devir humano.

A interpretação jurídica da entidade familiar precisa se adequar aos princípios constitucionais,

que ao longo do tempo sofrerá mutações, face à complexidade e a diversidade humana. Como destacou o Min. Ayres Brito, família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo, e este subjetivismo, alheado a uma interpretação construtiva e não-reducionista, pacificou o reconhecimento da união homoafetiva, poderá ou não pacificar, em um curto espaço de tempo, o casamento homoafetivo e as uniões estáveis paralelas com ou sem casamento.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Rio de Janeiro, DF, *Diário Oficial União*, 9 set. 1942.

\_\_\_\_\_. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990 e retificada no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 set. 1990.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 8 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis n.ºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1.º de maio de 1943; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 4 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 100888-BA. Julgamento em 14 dez. 2000. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, *Diário da Justiça*, 12 mar. 2001, seção 1, p. 144.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 148897-MG. Julgamento em 10 fev. 1998. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, *Diário da Justiça*, 6 abr. 1998, seção 1, p. 132.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 159851-SP. Julgamento em 19 mar 1998. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, *Diário da Justiça*, 22 jun. 1998, p. 100.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 205170-SP. Julgamento em 7 dez 1999. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, *Diário da Justiça*, 7 fev. 2000, p. 173.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 229069-SP. Julgamento em 26 abr.



2005. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça, 16 maio 2005, seção 1, p. 351.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 238715-RS. Julgamento em 7 mar. 2003. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça, 2 out. 2006, seção 1, p. 363.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 303604-SP. Julgamento em 23 jun. 2003. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça, 23 jun. 2003, seção 1, p. 374.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 323370-RS. Julgamento em 14 dez. 2004. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça, 14 mar. 2005, seção 1, p. 340.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 502995-RN. Julgamento em 26 abr. 2005. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça, 16 maio 2005, seção 1, p. 353.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 742685-RJ. Julgamento em 4 ago. 2005. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça, 5 set. 2005, seção 1, p. 484.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 889852-RS. Julgamento em 27 abr. 2010. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 10 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 912926-RS. Julgamento em 22 fev. 2011. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 7 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1096539-RS. Julgamento em 27 mar. 2012. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 25 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1107192-PR. Julgamento em 20 abr.

2010. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 27 maio 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1157273-RN. Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 18 maio 2010. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 7 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1183378-RS. Julgamento em 25 out. 2011. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 1 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 364, de 15 out. 2008. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 3 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucional n.º 4277. Ministro Ayres Brito. Julgamento em 5 maio 2011. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico n.º 198, 14 out. 2011, v. 2.607, p. 341.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132-RJ. Julgamento em 5 maio 2011. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico n.º 198, 14 out. 2011, v. 2.607, p. 1.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Petição n.º 1984-RS. Ministro Marco Aurélio. Brasília: *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça, 7 out. 2002, p. 213.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3300-MC. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça, 3 fev. 2006, p. 6; *RTJ*, v. 300, n. 1, p. 271; *RDDP*, n. 37, p. 174-176, 2006; *RCJ*, v. 20, n. 128, p. 53-60, 2006; *RSJADV*, p. 44-46, jul. 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 418376-MS. J. 9 fev. 2006.



*Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça, 23 mar. 2007, seção 1.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 590779-ES. Julgamento em 10 fev. 2009. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça, 27 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 656298. Ministro Ayres Britto. 08 mar. 2012. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 19 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n.º 24564. Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgamento em 1.º out. 2004. Disponível em: <www.tse.jus.br> Acesso em: 08 ago. 2010.

COSTA, Famblo Santos. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Criança e Adolescente. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, Montes Claros (MG), v. 1, n.1, p. 61-74, jul./dez. 2006.

COSTA, José Manuel M. C. da. O princípio da dignidade da pessoa humana na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

DELPÉRÉE, Francis. O Direito à dignidade humana. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FACHIN, Luís Edson. Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXVI, p.

129-151, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 2.ª Tiragem.

GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do direito de família: evolução histórica da família e formas atuais de constituição. In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Coord.). *Direito Civil: direito de família*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. v. I. Curitiba: Juruá, 1991.

LOBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 1.0024.09.484555-9/001(1). Julgamento em 25 nov. 2009. *Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, MG, 12 fev. 2012.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. *Novo direito sucessório brasileiro*. Leme/SP: Mizuno, 2009.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo

Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Ed. Coimbra, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e*

*direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, RJ, n. 212, abr./jun. 1998.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a resignificação jurídica do ser enquanto pessoa. *Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



## ***RESENHA***

---





## **RAMBO E MAYA: fantasia e realidade nas obras cinematográficas de Stallone e Bigelow**

Rodrigo Cavalheiro Rodrigues<sup>1</sup>

### **INTRODUÇÃO**

Em recente apresentação de seu trabalho de conclusão de curso, Amanda Muniz Oliveira defendeu uma monografia em que a literatura foi utilizada como um instrumento para análise e compreensão das relações entre Direito e poder. Questionada pela banca examinadora se outras formas de arte, tais como o cinema, serviriam ao mesmo propósito, respondeu negativamente, afirmando, que a literatura desperta a criatividade, fazendo com que o leitor imagine, fantasie e, conseqüentemente, pense. Diferentemente do cinema, que traz um universo empacotado, completamente pronto; o que deixa o espectador em posição de inércia. Por este motivo, o cinema não seria um instrumento para aprofundamento e discussão de questões jurídicas.

De fato, os filmes, especialmente os hollywoodianos, são mais produtos de consumo para um prazer imediato do que arte propriamente dita. Todavia, as obras cinematográficas, justamente por serem tão fechadas à imaginação do espectador, acabam revelando, ainda que de forma velada, o pensamento de seu autor e de sua realidade. Neste viés, uma resenha sobre filmes pode ter alguma valia, até mesmo em uma revista jurídica.

Com este espírito, dois filmes foram analisados, tendo-se a pretensão de se extrair questionamentos – não, respostas – que instiguem discussões sobre poder, direito, a condição humana e o terror. O primeiro filme é “Rambo III”, escrito e protagonizado por Sylvester Stallone e lançado nos cinemas em 1988. O outro é “A Hora Mais Escura”, concebido e dirigido por Kathryn Bigelow, que foi distribuído em 2012. Estes filmes são ambientados na mesma região, em épocas diferentes e apresentam fantasia e realidade sobre o uso da violência.

### **1 RAMBO III**

John Rambo é um personagem criado e interpretado por Stallone. Calcado na ideia do herói, ele une justiça e violência, com nos antigos filmes de banguê-banguê. No primeiro filme com este personagem (Rambo: programado para matar, 1982), Rambo é somente um veterano da guerra do Vietnã, que luta contra os abusos de uma autoridade policial. No segundo filme (Rambo II: a missão), o herói retorna ao Vietnã, em uma missão secreta, para resgatar soldados americanos, que lá ficaram prisioneiros.

Em Rambo III, ele vai ao Afeganistão, para mais um resgate secreto, desta vez de seu amigo e mentor, um Coronel do Exército americano. Ambientado na época da guerra fria, os vilões são os soldados e oficiais soviéticos, que invadiram aquele país em 1979.

Em um roteiro simplista e maniqueísta, estes vilões são retratados como malévolos por essência. Nesta aventura rasa, o único objetivo é apresentar o soldado americano como “o bom” e todos os russos como “os maus”. A propósito, os afegãos aparecem com um povo pobre e oprimido pelos soviéticos, vítimas da maldade do comunismo e que serão salvos pelo herói americano.

O filme se desenrola sem surpresas para os que são acostumados com a ação cinematográfica de Hollywood. Rambo, eventualmente auxiliado por pobres rebeldes afegãos, luta contra o poderio bélico dos invasores. E vence.

Algumas cenas são hilárias, como a em que Rambo, utilizando apenas um arco, com uma flecha especial que contém uma ponta explosiva, derruba um gigantesco helicóptero. Ele se torna a inspiração para que um garoto afegão vista um traje militar, tome um fuzil e o siga em uma cruzada contra o demônio soviético. A *jihad*, como se

<sup>1</sup> Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

sabe, posteriormente voltou-se contra os americanos.

Os malvados soviéticos torturam os coitados afegãos, inclusive mulheres. Estes prisioneiros, que estão em uma fortaleza russa, são resgatados pelo herói americano, quando este a invadiu, em busca de seu amigo Coronel. Para invadir o edifício, Rambo precisou somente de uma faca, que, impressionantemente, rompia qualquer grade.

Durante a invasão desta fortaleza, o chefe soviético pergunta ao Coronel, ainda prisioneiro: “Quem ele pensa que é? Deus?” O Coronel responde: “Deus tem misericórdia; Rambo não”. Tal frase, de um lado, revela um roteiro paupérrimo, tal qual uma novela televisiva de baixa qualidade, mas, de outro, mostra o que pensam pessoas como Stallone: alguns não merecem misericórdia. Quantos presidentes estadunidenses (e cidadãos comuns) não tiveram o mesmo pensamento?

Ao resgatar o amigo, ambos se refugiam em uma caverna, aonde matam diversos soldados inimigos. Em um rádio, tomado de um dos cadáveres, Rambo ouve outra pergunta feita por aquele chefe russo: “Quem é Você?” A resposta: “Sou o seu pior pesadelo”. Outro indicativo de um roteiro muito ruim. Outro sinal do que pensam pessoas como Stallone. Em outro filme de sua autoria, intitulado “Cobra”, ele interpreta um policial que diz a um “bandido”: “Você é a doença, eu sou a cura”.

O que Stallone pensa não é de interesse dos juristas, todavia, tal ideologia de “curar” a sociedade e não ter misericórdia para com os inimigos, infelizmente, não é somente uma estória ruim para um filme de baixa qualidade. Parece ser o que move as atuais guerras e os repetitivos clamores por segurança policial, redução da maioria penal e a proteção contra os “inimigos”, em geral. Sempre há um bandido para ser morto e alguém para aplaudir o sangue, enquanto que nem sempre as perguntas sobre quem escolhe quem é o bandido são feitas.

A cena final traz a fantasia desmensurada, e propaga a esperança de que os fracos podem vencer. Rambo e seu amigo Coronel encaram, frente a frente, uma tropa gigantesca, formada por dezenas de soldados fortemente armados, tanques com artilharia pesada e outro helicóptero, que será, obviamente, destruído pelo herói.

Já iniciada a luta, os rebeldes afegãos surgem em cavalos, portando fuzis velhos. Dentre eles, aquele garoto, que se inspirou no herói americano. A cavalaria tribal, liderada por Rambo, derrota as

tropas malélicas do inimigo soviético.

Stallone já havia usado este artifício em Rambo II, quando o herói solitário vence, sozinho, uma guerra que foi perdida na realidade. Em Rock IV, Stallone é um boxeador que treina perseguindo galinhas em uma fazenda e, ainda assim, consegue derrotar um lutador russo, mais alto, mais forte, cujo treinamento envolveu uma avançada tecnologia e o uso de diversos anabolizantes. No mundo real, os fracos perdem, pois as estruturas de poder, que têm no direito um de seus sustentáculos, funcionam em favor dos fortes.

Francis Ford Copolla, em “Apocalypse Now”, e Oliver Stone, em “Platoon”, mostraram a crueldade da Guerra do Vietnã, descrevendo os soldados americanos como psicopatas; não, como heróis. Certo que a fantasia é um alento e uma diversão, essenciais à criatividade e felicidade humanas. Porém, algumas fábulas cinematográficas de heroísmo, com as de Rambo III, devem ser vistas com cuidado, pois contribuem para a criação de um imaginário em que a violência é boa e a justiça é matar o inimigo.

Encerrada as batalhas, Rambo se despede dos rebeldes vitoriosos, oportunidade em que aquele garoto pede ao herói que ele fique, num quase plágio da última cena do filme “ET”, de Spielberg. Curiosamente, a criança pobre de uma tribo afegão fala inglês fluentemente.

Por traz desta aventura de gosto duvidoso, há uma irônica realidade. Aqueles rebeldes afegãos foram, na verdade, os guerreiros *mujahedin* que, com apoio financeiro e logístico dos Estados Unidos da América, entre outros países, lutaram contra o exército soviético, que havia invadido o Afeganistão, para assegurar o regime pseudocomunista que lá havia se instalado. Os rebeldes conquistaram a vitória em 1984 e estabeleceram um novo sistema de governo, baseado na ortodoxia muçulmana, conhecido como Talibã, que apoiaram e foram apoiados pela Al-Qaeda, cujo líder é Osama Bin Laden (ABBUD, [s. d.]).

## 2 A HORA MAIS ESCURA

Lançado em 2012, “A Hora Mais Escura” foi dirigido por Kathryn Bigelow, que já havia falado sobre os conflitos do Oriente Médio no filme “Guerra ao Terror”. Desta feita, conta a história da investigação realizada pela *Central Intelligence Agency* (CIA) que levou à morte de Osama Bin Laden. No início da projeção, observa-se a mensagem de que a história é baseada em

“relatos em primeira mão”. Em função disto, a Diretora e o Roteirista, Mark Boal, foram investigados pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos, pois, a riqueza de detalhes das operações militares impressiona (Revista Veja).

O filme tem início dois anos após os atentados de 11 de setembro de 2001. A protagonista é Maya, uma agente da CIA que tem como objetivo achar Bin Laden. A primeira cena é uma desconfortável tortura. Desconfortável, pois, segundo a Diretora, não se trata de fantasia, mas de um relato que é repassado ao público na forma de espetáculo hollywoodiano. O torturado fala fluentemente inglês. Não é o garoto inspirado por Rambo mas, provavelmente, na guerra afegã contra os soviéticos, a língua inglesa foi aprendida por aqueles guerreiros *mujahedin*, atuais talibãs. A tortura é cruel e incomoda ao espectador, que fica se perguntando se coisas assim realmente aconteceram. A dor infligida tem como objetivo extrair informações sobre um grupo terrorista. O torturado resiste com bravura, mas o torturador avisa: “admiro sua coragem, mas, no final, todos cedem; é a biologia.”

Ao longo do filme, em conversas entre burocratas e agentes de campo, a tortura é apresentada como uma técnica de interrogatório. Não há qualquer preocupação com o devido processo legal, descabendo qualquer análise beccariana destes fatos. Tudo é válido para combater o terror e, tal qual Stallone, Bigelow não questiona o que é o terror e quem define quem são “os bandidos”. A diferença é que Bigelow alega ter contado o que lhe foi relatado, enquanto Stallone faz fantasia heroica em sangue alheio. No linguajar popular, poder-se-ia dizer que Bigelow “não brinca em serviço” e que Stallone faz “piada sem graça”.

Uma das cenas que mais chocam é a em que o torturado chora por ter recebido um pouco de água. Esta tortura não é um arroubo de um mau policial que ficou com preguiça de ler a cartilha sobre Direitos Humanos: é profissionalmente conduzida por alguém que recebeu treinamento para torturar com eficiência. Pode-se chamar de criminoso o mau policial que causa lesões em um aprisionado. Mas, como designar um agente do Estado que foi por este treinado para isso?

Ao fim do martírio, o nome de Abu Ahmed Al-Kuwaiti é obtido por tortura. Este seria responsável por conexões entre Osama Bin Laden e as células da Al-Qaeda. Maya parte em sua busca de Abu, certa de que, em o encontrando, chegará ao maior inimigo do *american way of life*.

Após anos, quando parecia não haver mais esperança de sucesso, uma assessora de Maya encontra uma pasta, fornecida por aliados marroquinos, que continha uma lista de nomes altamente suspeitos. Um destes era Ibrahim Sayeed, que adotava o nome tribal de Abu Ahmed Al-Kuwaiti. Estes documentos estavam em poder dos Estados Unidos desde 2001 mas, por um erro humano, ficaram esquecidos por quase dez anos.

Percebe-se que a tortura não era necessária, pois aquela informação estava registrada, guardada em alguma gaveta, provavelmente em um porão do Departamento de Defesa. Não deve ser à toa que este órgão investigou a Diretora e o Roteirista do filme.

A protagonista se esforça para convencer seu chefe de que a pista é boa, para que este convença outro chefe a liberar dinheiro para as buscas. Há uma cena em que o número do telefone da mãe de Abu é obtido – não por tortura, mas em troca de um presente: um carro avaliado em algumas centenas de milhares de dólares.

Diferentemente de Rambo, Maya utiliza um gigantesco aparato tecnológico. O telefone de Abu é rastreado, ele é localizado e seguido até uma casa-fortaleza, situada no Paquistão. Este local é analisado com todos os aparelhos que o dinheiro americano pôde construir. Após alguns meses, concluiu-se que Bin Laden estava lá.

Rambo tem uma faca que tudo rompe; mas Maya, não. A invasão da residência é feita por duas equipes especiais, que não usam arco e flecha, mas óculos de visão noturna, explosivos plásticos e armas silenciosas com miras a *laser*. Estes soldados são transportados por helicópteros secretos, sendo que a protagonista faz o acompanhamento à distância, via satélite.

Curioso saber que a operação de assassinio de Bin Laden iniciou-se em um primeiro de maio, o Dia do Trabalhador. Que profissão é essa, a de matar?

Bigelow, que tem como ofício contar histórias, dirigiu com perfeição a cena de invasão da casa-fortaleza. Os detalhes são tantos que até o código de mãos e toques entre os soldados americanos é percebido. Teria a Diretora conversado com alguém que participou desta operação?

Bigelow não fantasia. Não conta uma superação do mais fraco, pois os quatro homens que estavam naquela casa-fortaleza não conseguiram derrotar as duas equipes de soldados especializados em assassinar. O homem que estava no terceiro andar foi morto, mas seu rosto não apareceu, re-

velando-se somente um pedaço da barba esbranquiçada e uma ponta de nariz. Fotos, que nunca vieram a público, foram feitas pelos soldados.

Dos cadáveres, apenas o deste homem, alvejado no terceiro andar daquela casa-fortaleza, é empacotado e transportado. Maya o reconhece como Osama Bin Laden, mas Bigelow prefere a dúvida.

### 3 PERGUNTAS FINAIS

Como dito no início, não se pretende responder neste texto alguma dúvida científica, mas se intenciona instigar o leitor a questionar. A pancadaria desenfreada dos filmes de Stallone, dos quais Rambo III é apenas um exemplo, é movida pela existência de público que aprecia uma diversão sanguinolenta ou por espectadores que comungam da ideologia de curar a sociedade da doença dos “bandidos”, não merecendo eles a “misericórdia de Deus”?

Teriam os governantes estadunidenses incorporado a fábula totalitária de George Orwell e, constantemente, mudado os inimigos? Com “Rambo III”, tem-se a Guerra Fria e o mal é o comunismo soviético. Em “A Hora Mais Escura”, a vítima outrora protegida por Rambo é agora o vilão, pois a tribo de guerrilheiros transformou-se no Talibã terrorista.

A propósito, por que não houve qualquer reação por parte do Paquistão? Afinal, seu território foi invadido pelos Estados Unidos da América. Isto não seria, para o Direito Internacional, uma declaração de guerra?

Será que a tortura institucionalizada pelo Estado como técnica de interrogatório ainda é assunto para ser discutido ou aquelas cenas foram apenas maquinações de um roteirista para dar dramaticidade ao produto final?

Qual o liminar entre fantasia e realidade nestas obras cinematográficas? Se “Rambo III” tiver um pouco de realidade na presença americana

ao lado de afegãos durante a Guerra Fria, a reversão do inimigo tem um lado irônico e macabro. Imagine a família de uma das vítimas do 11 de Setembro pensar que, talvez, aqueles sequestradores de aviões tenham recebido, num passado recente, apoio logístico e financeiro dos próprios americanos.

Neste jogo entre realidade e fantasia, “A Hora Mais Escura”, pode ser uma mensagem de que o Vietnã que produziu o ficcional Rambo é, em essência, o Afeganistão que produziu o Talibã real. Países utilizados como tabuleiro de jogos de guerra, aonde potências se digladiam por espaço econômico e influência política. Tristemente, enquanto estas perguntas incomodam e não veem resposta aceitável, os ossos quebrados dos torturados e o sangue das vítimas do holocausto contemporâneo não são técnicas cenográficas.

### REFERÊNCIAS

ABBUD, George. A Guerra do Afeganistão. Disponível em: <[www.militarypower.com.br/história.htm](http://www.militarypower.com.br/história.htm)>. Acesso em: 1 maio 2013.

A HORA Mais Escura. Direção: Kathryn Bigelow. Roteiro: Mark Boal. Intérpretes: Jessica Chastian, Mark Strong, Joel Edgerton. Hollywood (EUA): Columbia Pictures/Annapurna Pictures/First Light Production, 2012.

RAMBO III. Direção: Peter MacDonald. Roteiro: Silverter Stallone e Sheldon Lettich. Intérpretes: Silverter Stallone, Richard Crenna, Marc de Jonge. Hollywood (EUA): Carolco Pictures, 1988.

SENADO abandona investigações de “A Hora Mais Escura”. Revista Veja Online, São Paulo, Ed. Abril, 26 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/celebridades/senado-abandona-investigacoes-ao-filme-a-hora-mais-escura>>. Acesso em: 1 maio 2013.



FACULDADES  
SANTO AGOSTINHO

ISSN 2179-8222



9 772 179 822 004



