



**Artigos**



# BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO DE EMPRESA\*

Eugênio Rosa de Araújo  
Juiz Federal da 17ª Vara

## RESUMO

Breve introdução ao direito de empresa. O sistema capitalista: a apropriação dos meios de produção pelo empresário e a venda da força de trabalho pelos trabalhadores. O mercado como palco de atuação dos agentes econômicos, trabalhadores, consumidores, empresários e Estado. A empresa como o quadro em que se desenvolve a coordenação dos fatores de produção por parte do empresário. A teoria jurídica da empresa, desdobrada no estatuto profissional do empresário, no ordenamento institucional do empreendimento, na disciplina do estabelecimento e nas relações externas.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito de Empresa. Sistema Capitalista. Atuação do Estado

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Meios de produção, força de trabalho, mercado, empresa, empresário. Perfis da empresa: subjetivo, funcional, patrimonial, objetivo e corporativo. 2.1 Perfil subjetivo: a empresa como empresário 2.2 Perfil funcional: a empresa como atividade empresarial 2.3 Perfil patrimonial e objetivo: a empresa como patrimônio “aziendal” e como estabelecimento 2.4 Perfil corporativo: a empresa como instituição 3. Conclusão. 4. Bibliografia

## 1. Introdução

Antes de enveredarmos no estudo propriamente do Direito de Empresa, é necessária uma breve incursão em algumas categorias do conhecimento da economia, levando-se em conta que vivemos em uma economia capitalista, onde toda atividade econômica é, de regra, voltada para a obtenção do lucro e onde o Estado só intervém ou atua diante de hipóteses específicas e de forma subsidiária.

---

\* Artigo em homenagem ao Juiz Dr. Luiz Eduardo Pimenta Pereira.

Assim, o capitalismo é um sistema econômico em que a economia se baseia na separação entre trabalhadores juridicamente livres, que dispõem de sua força de trabalho e a vendem em troca de salário, e os capitalistas, os quais são proprietários dos meios de produção e contratam os trabalhadores para produzir mercadorias ou serviços para o mercado, visando à obtenção de lucro.

Os meios de produção são o conjunto formado pelos meios de trabalho e pelo objeto de trabalho. Os meios de trabalho incluem os instrumentos de produção (ferramentas, máquinas), as instalações (edifícios, silos, armazéns), as diversas formas de energia e combustível e os meios de transporte. O objeto de trabalho é o elemento sobre o qual ocorre o trabalho humano: a terra e as matérias primas, as jazidas minerais e outros recursos naturais.

Como se disse, os bens e serviços são produzidos para o mercado. Este, em sentido geral, designa um grupo de compradores e vendedores que estão em contato próximo para que as trocas entre eles afetem as condições de compra e venda dos demais.

Um mercado existe quando compradores que pretendem trocar dinheiro por bens e serviços estão em contato com vendedores desses mesmos bens e serviços.

Desse modo, o mercado pode ser entendido como o local teórico (ou não) do encontro regular entre compradores e vendedores de uma determinada economia.

Ele é formado pelo conjunto de instituições em que são realizadas transações comerciais (feiras, lojas, Bolsas de Valores, etc.). Ele se expressa na maneira como se organizam as trocas realizadas em determinado universo por indivíduos, empresas e governo.

Em síntese: é o local onde atuam os agentes econômicos, trabalhadores, consumidores, empresários e o Estado.

## **2. Meios de produção, força de trabalho, mercado, empresa, empresário. Perfis da empresa: subjetivo, funcional, patrimonial, objetivo e corporativo**

Em relação ao desenvolvimento da atividade econômica, é preciso conceituar os fatores de produção: estes vêm a ser os elementos indispensáveis ao processo produtivo de bens materiais. São a terra (terras cultiváveis, florestas, minas, etc.), o homem (trabalho) e o capital (máquinas, equipamentos, instalações e matérias primas). Veremos mais adiante que ao empresário incumbe coordenar e dirigir os fatores da produção, levando, em linha de consideração, o tipo de atividade econômica que eleger para desenvolver (ex.: fator terra na agroindústria ou o fator capital na prestação de serviços de informática).

Assim, no capitalismo, o empresário ordena os fatores de produção visando à obtenção do lucro e, para tanto, corre riscos.

O risco é a condição de um investidor diante das possibilidades de perder ou ganhar dinheiro. Os juros ou o lucro são explicados como recompensas recebidas pelo investidor por assumir determinado risco de incerteza econômica, relativa a eventualidades como modificações nas taxas de câmbio, recusa do produto pelo consumidor ou investimento em uma atividade cujos resultados sejam negativos, *i.e.*, revelem prejuízo.

Por outro lado, o lucro pode ser sucintamente definido como o rendimento atribuído ao capital investido diretamente por uma empresa. Em geral, o lucro consiste na diferença entre a receita e a despesa de uma empresa em determinado período.

Para Sylvio Marcondes, que elaborou o projeto do direito de empresa do novo Código Civil, a empresa surgiu quando o artesão passou a produzir para o mercado e necessitou buscar saída para seus produtos, enfrentando o risco para auferir lucros.

Produzir é criar utilidade, permitindo satisfazer uma necessidade. Como se opera a produção? Quais são os fatores da produção?

Como se disse, tradicionalmente cita-se os fatores de produção como o trabalho, a terra e o capital. Ao empresário incumbe conjugar os bens do proprietário, as faculdades do trabalhador e o capital do capitalista.

Logo, a função do empresário é organizar e dirigir o negócio, elaborar o plano geral de produção, fixar as quantidades e qualidades dos produtos a fabricar em razão de uma procura prevista. Para tanto, reúne ele os fatores de produção e os adapta e controla: o quadro em que se desenvolve esta coordenação é a **empresa**.

Relata-se que, pelo art. 2.082 do Código Civil italiano, no qual foi inspirado nosso art. 966, é empresário quem exercita atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens e serviços. A empresa é, pois, em sentido instrumental, a organização do trabalho que dá lugar à atividade profissional do empresário, e, em sentido funcional, a atividade profissional organizada pelo empresário.

Segundo Sylvio Marcondes, pode-se dizer que a empresa “não existe”, mas “se exerce”; não é “um ser” - nem sujeito nem objeto -, mas “um fato”; quem é, o que existe são o empresário, como sujeito, e o “estabelecimento”, como objeto. O “exercício” que o empresário faz do estabelecimento constitui exatamente a **empresa**.

Há, portanto, na concepção de empresa comercial, um substrato econômico, que consiste na organização dos fatores da produção, realizada pelo empresário, no sentido da atividade empreendedora, visando à obtenção de lucro e correndo o risco correspondente.

Sabemos que Sylvio Marcondes abeberou-se na doutrina italiana mais autorizada, especialmente no trabalho de Alberto Asquini denominado “Perfis da Empresa”, ressaltando o referido autor italiano que o código, embora não tenha oferecido uma definição jurídica da empresa, pontificou que o conceito de empresa é um fenômeno de muitos lados (poliédrico).

Seriam cinco os perfis: subjetivo, funcional, patrimonial e objetivo, e, por fim, o corporativo.

## 2.1 Perfil subjetivo: a empresa como empresário

Quem exerce a empresa é a pessoa jurídica ou pessoa física, não os seus órgãos sociais, através dos quais a pessoa jurídica explora sua atividade.

É a atividade econômica organizada (atividade empresarial: organização do trabalho alheio e do capital próprio ou alheio) que implica ao empresário a prestação de um trabalho autônomo de caráter organizador e a assunção do risco (técnico e econômico) correlato.

Não é empresário quem exerce atividade econômica à custa de terceiros e com o risco de terceiros; tampouco o é quem presta um trabalho autônomo de caráter exclusivamente pessoal (de caráter material ou intelectual); não é empresário, ainda, quem exerce uma simples profissão (o guia, mediador, carregador, etc.), nem quem exerce uma simples profissão intelectual (advogado, médico, enfermeiro, etc.), a menos que o exercício desta profissão gere uma atividade especial, organizada sob a forma de empresa (Código Civil italiano, art. 2.238). Ex: farmácia (farmacêuticos), hospital (médico) e instituição de ensino (professor).

O fito da produção para troca, ou troca de bens e serviços, resulta na essencial referência da noção de empresário ao conceito econômico de empresa operante para o mercado.

Qualquer organização produtiva, com o fim de troca, dá lugar a uma atividade empresarial.

O caráter de continuidade é da essência da profissionalidade, *i.e.*, não pode ser exercida ocasionalmente.

No conceito de profissionalidade, surge como elemento natural o fim de lucro (embora não essencial) como motivo da atividade do empresário.

O conceito da profissionalização da atividade empresarial reduz-se ao conceito de sua continuidade, enquanto que o elemento fim de lucro surge em tal conceito somente como elemento natural, e não essencial.

## 2.2 Perfil funcional: a empresa como atividade empresarial

A empresa econômica é uma organização produtiva que opera no tempo, guiada pela atividade do empresário, e que, sob o ponto de vista funcional ou dinâmico, aparece como uma força em movimento: a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo.

Assim, a empresa em sentido funcional é a atividade profissional organizada do empresário.

O conceito de atividade empresarial tem grande relevância na teoria jurídica da empresa, visto que, para se chegar à noção de empresário, é preciso partir do conceito de atividade empresarial, porque da diversa natureza da atividade empresarial - agrícola ou comercial - depende a qualificação do empresário como agrícola ou comercial e porque faz-se necessário para a aplicação das normas particulares relativas às relações da empresa.

Diante das premissas econômicas citadas, o conceito de atividade empresarial implica uma atividade voltada a recolher e organizar a força de trabalho e o capital necessários para a produção ou distribuição de determinados bens e serviços, e a realizar a troca dos bens ou serviços colhidos ou produzidos.

A atividade empresarial reduz-se a uma série de operações (fatos materiais e atos jurídicos) que se sucedem no tempo, ligadas entre si por um fim comum.

A profissionalidade decorre da constância, no tempo, dessa série de operações e, normalmente, o seu preordenamento com o fito de lucro, inerente (embora não essencial) à empresa econômica.

Para se afirmar a existência da atividade empresarial, é necessário caracterizar a existência das operações fundamentais da empresa e, para se chegar à existência do empresário, é necessário constatar o caráter profissional da atividade empresarial.

### **2.3 Perfil patrimonial e objetivo: a empresa como patrimônio “aziendal” e como estabelecimento**

O exercício da atividade empresarial dá lugar à formação de um complexo de relações jurídicas que têm por centro o empresário (direito sobre os bens dos quais o empresário se serve, relações com os empregados, fornecedores e clientela, etc.): o fenômeno econômico da empresa, projetado sobre o terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial distinto, por seu escopo, do restante do patrimônio do empresário.

A característica eminente de tal patrimônio é a de ser resultante de um complexo de relações organizadas por uma força em movimento - a atividade do empresário - que tem o poder de desmembrar-se da pessoa do empresário e de adquirir, por si mesma, um valor econômico. Assim, tal patrimônio surge como uma entidade dinâmica, e não estática. A este patrimônio é dado o nome de estabelecimento.

Tanto o Código Civil italiano (art. 2.555) como o brasileiro (art. 1.142) consideram o estabelecimento como todo o complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por um empresário.



## 2.4 Perfil corporativo: a empresa como instituição

Aqui a empresa vem considerada como aquela especial organização de pessoas formada pelo empresário e pelos empregados, seus colaboradores. O empresário e seus colaboradores formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico na produção.

A organização se realiza através da hierarquia das relações entre o empresário dotado de um poder de mando e os colaboradores, sujeitos à obrigação de fidelidade no interesse comum.

A noção de empresa como organização de pessoas para um fim comum leva a enquadrar, juridicamente, a empresa na figura da “instituição”.

Instituição é toda organização de pessoas - voluntária ou compulsória - em- baseada em relações de hierarquia e cooperação entre os seus membros, em função de um escopo comum. Cada instituição cria no seu interior um ordenamento elementar que, ainda que reconhecido pelo ordenamento jurídico do Estado, a instituição soberana, pode por sua vez considerar-se como um ordenamento jurídico de grau inferior (teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos de Santi Romano).

A outorga da personalidade jurídica a uma organização de pessoas tem, essencialmente, o escopo de se atribuir a um sujeito, diverso dos indivíduos, as relações jurídicas externas da organização. O reconhecimento de uma organização de pessoas como instituição implica somente o reconhecimento de um determinado modo de ser, das relações internas entre os componentes da organização, em relação a um fim comum.

Quando uma organização de pessoas é elevada, pelo direito, ao grau de pessoa jurídica, o fenômeno da personalidade pode absorver aquele da instituição, também nas relações internas. Mas a vida de uma organização de pessoas como instituição é uma vida interna que por si mesma não implica, de nenhum modo, personificação.

A empresa, sob o perfil corporativo, oferece um exemplo típico de instituição, sendo possível identificar seus elementos institucionais.

Nela, encontram-se todos os elementos característicos de uma instituição: o fim comum, *i.e.*, a conquista de um resultado produtivo que supera os fins individuais do empresário (lucro) e dos empregados (salário); o poder ordenatório do empresário em relação aos trabalhadores subordinados; a relação de cooperação entre esses; a formação de um ordenamento interno da empresa, que confere, além do aspecto contratual e patrimonial, um particular aspecto institucional.



### 3. Conclusão

Concluindo, a teoria jurídica da empresa deve compreender o estatuto profissional do empresário, o ordenamento institucional da empresa (disciplina o trabalho na empresa), a disciplina do estabelecimento e a atividade empresarial nas relações externas (relações de empresas).

Resta, ainda, realizar um esboço do importante trabalho elaborado por José Gabriel Assis de Almeida, denominado “A Noção Jurídica de Empresa”.

Segundo o autor, o conceito econômico de empresa é o de uma organização ou entidade que exerce atividade econômica. A empresa atua como uma unidade econômica, *i.e.*, como unidade autônoma, de produção e circulação de bens e serviços - uma unidade produtora de riqueza.

Ressalta que, para produzir e circular bens e serviços, é necessária a reunião de alguns elementos.

Os fatores de produção resultam da utilização do capital (dinheiro e maquinaria) e do trabalho (trabalhadores e dirigentes).

Surge a empresa como organização dos fatores da produção (capital e trabalho) cujo objeto é a produção ou circulação de bens e serviços.

Soma-se a estes fatores o risco que pode implicar resultados positivos ou negativos da atividade exercida.

O lucro, por outro lado, não constitui requisito para a configuração da empresa, dado que algumas atividades, por vezes estatais, embora organizadas sob a ótica empresarial, não visam ao lucro.

Ligada à noção jurídica de empresa, está a evolução da atividade econômica, visível em três aspectos:

- 1 - o alargamento do conceito de atividade econômica;
- 2 - o fato de o Direito ter se tornado mais flexível;
- 3 - o enfraquecimento da personalidade jurídica das sociedades comerciais.

A partir do momento em que o Estado se nega a prestar serviços, estes passam a ser exercidos pela iniciativa privada (princípio da subsidiariedade). Há, pois, a retribuição econômica/financeira que é o traço primordial da iniciativa privada.

O direito flexível promoveu o conceito de controle, distinto do conceito de propriedade, e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica enfraqueceu a personalidade das sociedades comerciais.

Tais fatores criaram o clima propício ao aparecimento de um conceito jurídico de empresa.

Os conceitos formais ligados à definição do sujeito de direito foram flexibilizados, *i.e.*, houve a constatação de que determinados conceitos jurídicos, ligados à figura do comerciante e tradicionais, não mais correspondem plenamente às realidades econômicas.

Muitas são as manifestações jurídicas do conceito de empresa.

No Direito do Trabalho, o art. 2º da CLT diz que se considera empregador a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos sérvios.

Aqui a empresa surge enquanto atividade econômica e entidade responsável pelos riscos da atividade econômica. O que não exerce uma atividade econômica não pode ser propriamente “empresa”.

Profissionais liberais devem ser considerados empresa porque exercem atividade econômica e correm os riscos do sucesso/insucesso da atividade exercida.

No caso dos grupos, a noção de empresa ultrapassa os limites da própria personalidade jurídica de cada um de seus membros. Fica patente a desconsideração da pessoa jurídica no sentido de se formar uma nova entidade, a empresa.

A noção de empresa é maior que a tradicional noção de sociedade ou de pessoa física.

Isso porque a empresa é desvinculada da forma jurídica. Essa empresa existe mediante o exercício de uma atividade econômica que vai se desenvolvendo, independentemente das transformações e estruturas jurídicas organizadas em torno dessa atividade econômica. É irrelevante apurar quem é o sujeito de direito que exerce a atividade.

Os conceitos jurídicos tradicionais são estreitos demais para a noção jurídica de empresa. Esta tem uma noção mais larga e mais abrangente do que as noções clássicas de pessoa física ou de pessoa jurídica.

No Direito Tributário, a alteração da forma jurídica não altera o conteúdo da atividade econômica e as conseqüências do seu exercício. O Direito Tributário reconhece a empresa e a coloca acima das estruturas jurídicas.

Art. 132, CTN. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Art. 133, CTN. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

A empresa continua, após a extinção, como entidade autônoma, com vida jurídica própria. E tanto tem vida autônoma que a estrutura jurídica que passa a abrigar aquela empresa responde pelos atos pretéritos da empresa.

Há uma clara dicotomia entre a noção jurídica de empresa e a noção de sujeito de direito.

O fundamento da responsabilidade do sucessor baseia-se unicamente no fato de que, na realidade, a atividade é exercida por uma mesma empresa e qualquer alteração na estrutura jurídica dela é irrelevante.

O art. 133 do CTN revela a existência de uma entidade econômica autônoma, que apesar de ter sido vendida e adquirida, permanece íntegra, tanto que os tributos relativos a ela continuam a incidir e são exigíveis da pessoa a qual essa empresa se incorporou.

No direito de concorrência, que vem a ser o conjunto de normas visando a garantir, em um determinado mercado, a manutenção de condições neutras que permitam uma concorrência eficiente entre os diferentes operadores econômicos, o fenômeno da empresa pode ser notado no art. 15 da Lei nº 8.884/94: “esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”, bem como no art. 6º da Lei nº 4.137/62: “considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos”.

“Empresa” aqui significa a organização voltada à exploração de atividade econômica com fins lucrativos. A empresa surge não como sujeito de direito, mas como objeto de direito e será explorada por uma pessoa física ou jurídica. A personalidade jurídica não é elemento essencial para a definição jurídica de empresa.

No citado art. 15 da Lei nº 8.884/94, tem-se manifestação da noção de empresa, sendo que as infrações do art. 20 decorrem do exercício de atividade econômica.

Segundo o art. 20 da Lei nº 8.884/94, qualquer estrutura jurídica que seja capaz de produzir comportamentos ali descritos será considerada uma empresa.

Em relação ao Direito do Consumidor, o art. 3º da Lei nº 8.078/90 define fornecedor em virtude do exercício da atividade econômica:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

A personalidade jurídica não tem importância para os fins de ser ou funcionar como empresa. Esta não pode ser consumidora, pois exerce uma atividade econômica: os bens ou serviços por ela adquiridos são necessariamente vinculados e destinados àquela atividade econômica. São bens ou serviços que, direta ou indiretamente, serão repassados para as pessoas com as quais ela negocia.

O direito processual civil, nos arts. 677 e 678, trata da penhora de empresa, estabelecimento comercial, industrial ou agrícola:

Art. 677. Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em 10 (dez) dias a forma de administração.

§ 1º Ouvidas as partes, o juiz decidirá.

§ 2º É lícito, porém, às partes ajustarem a forma de administração, escolhendo o depositário; caso em que o juiz homologará por despacho a indicação.

Art. 678. A penhora de empresa, que funcione mediante concessão ou autorização, far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores.

Parágrafo único. Quando a penhora recair sobre a renda, ou sobre determinados bens, o depositário apresentará a forma de administração e o esquema de pagamento observando-se, quanto ao mais,

o disposto nos arts. 716 a 720; recaindo, porém, sobre todo o patrimônio, prosseguirá a execução os seus ulteriores termos, ouvindo-se, antes da arrematação ou da adjudicação, o poder público, que houver outorgado a concessão.

Para o direito processual civil a empresa se aproxima da figura jurídica do estabelecimento comercial. A noção de empresa não corresponde, porém, a de estabelecimento.

Sabe-se não ser possível penhorar um sujeito de direito, apenas poderá a penhora recair sobre objeto de direito.

Assim, a empresa tem de ser necessariamente, algo diferente, que não seja nem o estabelecimento nem a pessoa jurídica detentora do estabelecimento.

O direito societário, pela letra dos arts. 2º e 206, I, “d”, da LSA, avisam que pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei ou à ordem jurídica:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

§ 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Art. 206. Dissolve-se a companhia:

I - de pleno direito:

d) pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembleia-geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no artigo 251.

Adota-se a empresa como atividade econômica que se estrutura por meio de uma sociedade anônima.

Caso o número de sócios se torne insuficiente, a companhia não se dissolve imediatamente: busca-se a reconstituição do número de sócios, posto que, para além da forma societária, existe uma realidade econômica que merece a proteção do direito.

Além da sociedade e dos sócios, existe uma outra realidade que merece a proteção por parte do Direito: é a empresa.

O interesse da sobrevivência da empresa sobrepõe-se ao interesse particular dos sócios.

O direito falimentar fornece um caso clássico de manifestação de empresa: a massa falida. A massa não tem personalidade jurídica, no entanto, pode reclamar direitos.

O síndico é representante da massa, mas não age em nome próprio (LF, art. 59 c/c art. 12, III, do CPC - vide Lei nº 11.101/05, art. 22, III, “c”, que lista as atribuições do Administrador Judicial).

Embora tenha empregados, deva impostos, etc., a massa não existe juridicamente como sujeito de direito.

O projeto da Lei de Falências adota o conceito econômico de empresa como exercício de atividade econômica de forma independente.

A empresa transcende aos seus proprietários e não pode ficar vinculada àqueles que causam a sua ruína.

O intuito é permitir que aquele conjunto ou entidade que vinha exercendo uma atividade econômica continue a fazê-lo sob a direção de outras pessoas, talvez mais diligentes ou mais hábeis.

Os contornos da noção jurídica de empresa não se encaixam confortavelmente nas categorias de sujeito de direito, objeto de direito e de relação jurídica, vindas do Direito Romano. Há autores que consideram o conceito de empresa desnecessário, bastando os conceitos de pessoa, sociedade, personalidade jurídica e estabelecimento.

A forma jurídica não é elemento relevante na noção jurídica de empresa. A personalidade jurídica não é importante na noção de empresa.

É possível existir empresa sem personalidade jurídica, como entes despersonalizados.

A empresa tem muita elasticidade, sendo compreensível que a pessoa jurídica não seja o elemento essencial desta realidade.

O núcleo comum da empresa é a atividade econômica que busque o lucro e que tenha independência no exercício dessa atividade.

A empresa seria a atividade econômica, contra uma remuneração (não necessariamente com lucro) e de forma independente.

Conclusão: a utilidade e funcionalidade do conceito jurídico de empresa permitem uma melhor adaptação da norma ao fato, com uma maior eficácia.

#### 4. Bibliografia

ABREU, José Manuel Coutinho de. *Da empresarialidade*. Coimbra, 1996.

ALMEIDA, José Gabriel de. *A noção jurídica da empresa*. RIL 143/211.

ANDRADE JR., Atilla de Souza Leão. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. RDM 104/109.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. Max Limonad, 1969.

BORBA, José Edvaldo Tavares. *Direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPINHO, Sérgio. *Direito de empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao código civil*. V. 13. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva.

DINIZ, Souza (Trad.). *Código civil italiano*. Rio de Janeiro: Record, 1961.

FABRETTI, Laudio Camargo. *Direito de Empresa no Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Luiz Souza. *Dicionário econômico e financeiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, [s.d.]

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de empresa no código civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LUCCA, Newton de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, Vol IX. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. Max Limonad, 1970.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. T. 49-51.

SANDRONI, Paulo Henrique. *Novíssimo dicionário de economia*. Rio de Janeiro: Best Seller, 1999.

SZTAJM, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. XIV. Rio de Janeiro: Forense, 2005.



# JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, HOMOSSEXUALIDADE E CASAMENTO: UM INVENTÁRIO DE TESES JURÍDICAS

**Fernanda Duarte**

Juíza Federal da 3ª Vara de Execução Fiscal;

Doutora em Direito;

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho/RJ

**Marcello Godinho**

Procurador da Fazenda Nacional (licenciado);

*Visiting Scholar* na Universidade de Londres

## RESUMO

O presente texto pretende sistematizar as teses jurídicas que justificam o reconhecimento civil das relações homossexuais, a partir de dois grandes eixos: o debate civilista traduzido por categorias que associam essas uniões a casamento, família, contrato; e o debate constitucional que discute o tema a partir dos direitos humanos.

## PALAVRAS-CHAVE

Jurisdição Constitucional. Igualdade e diferença. Homossexualidade. União homoafetiva.

## SUMÁRIO

1. Considerações iniciais
2. A problemática teórica do “casamento gay”
3. O debate animado por categorias civilistas
4. O debate animado por direitos humanos
5. Conclusão
6. Bibliografia

É um poeta [Aristófanes] que fala. “Outrora”, ele explica, “nossa natureza não era como é hoje, era bem diferente.” De fato, nossos ancestrais eram duplos, pelo menos se os compararmos com o que somos, mas tinham uma unidade perfeita, que não temos: “Cada homem constituía um todo, de forma esférica, com costas e flancos arredondados; tinham quatro mãos, o mesmo número de pernas, dois rostos totalmente idênticos num pescoço perfeitamente redondo, mas uma cabeça única para o conjunto desses dois rostos opostos um ao outro; tinham quatro orelhas, dois órgãos de geração e todo o resto em conformidade.” Essa dualidade genital, especialmente, explica por que não havia então dois e sim três gêneros na espécie

humana: os machos, que tinham dois sexos de homem, as fêmeas, que tinham dois sexos de mulher, e os andróginos, que, como seu nome indica, tinham ambos os sexos. O macho, explica Aristófanes, nascera do Sol, a fêmea da Terra, a espécie mista da Lua, que participa daquele e desta. Todos tinham uma força e uma bravura excepcionais, a tal ponto que tentaram escalar o céu para combater os deuses. Para puni-los, Zeus decidiu então cortá-los em dois, de cima a baixo, como se corta um ovo. Estava acabada a completitude, a unidade, a felicidade! A partir de então cada um é obrigado a buscar sua metade, como se diz, e é uma expressão que devemos tomar aqui ao pé da letra: outrora, “formávamos um todo completo [...], outrora éramos um”; mas eis-nos “separados de nós mesmos”, não parando de buscar aquele todo que éramos. Essa busca, esse desejo é o que se chama amor, e, quando satisfeito, é a condição da felicidade. De fato, somente o amor “recompõe a antiga natureza, ao se esforçar por fundir dois seres num só e curar a natureza humana”. Compreende-se que uma pessoa será homossexual ou heterossexual conforme a unidade perdida tenha sido inteiramente homem ou mulher (homossexualidade masculina ou feminina) ou então, ao contrário, andrógina (heterossexualidade). Este último caso não goza, para Aristófanes, de nenhum privilégio, longe disso (podemos supor que seja melhor ter nascido da Lua do que da Terra, mas nada sem dúvida poderia igualar uma origem solar...), e é erradamente, desse ponto de vista, que se fala do mito dos andróginos, que não são mais que uma parte da humanidade original, e decerto não a melhor. Mas pouco importa. O que o público retém, e legitimamente, é sobretudo que o mito de Aristófanes dá razão ao mito do amor, quero dizer, ao amor tal como falamos dele, tal como o sonhamos, tal como acreditamos que seja, ao amor como religião ou como fábula, ao Grande Amor, total, definitivo, exclusivo, absoluto... “Portanto, quando um homem, tenha ele inclinação pelos rapazes ou pelas moças, encontra aquele que é sua metade, são um prodígio os transportes de ternura, de confiança e de amor que dele tomam conta; gostariam de não mais se separar, nem por um instante.” O que desejam? “Reunir-se e fundir-se com o objeto amado, e ser apenas um em vez de dois.” É a própria definição do amor fusional, que nos faria voltar à unidade de “nossa natureza primeira”, como diz Aristófanes, que nos libertaria da solidão (pois os amantes, como que “soldados juntos”, não se deixariam mais), e que seria, nesta vida como na outra, “a maior felicidade que se pudesse alcançar. (“Narrativa sobre o ‘Discurso de Aristófanes’, no Banquete de Platão”, por André Comte-Sponville, in: “Pequeno Tratado das Grande Virtudes”)

## 1. Considerações iniciais

O tema do presente estudo - o reconhecimento civil das relações entre pessoas do mesmo sexo<sup>1</sup> - é um dos mais acirrados debates travado na área, tanto civilista quanto constitucionalista. E, na verdade, incita considerações de natureza religiosa, ética e moral que apontam para a impossibilidade da construção de uma visão comum e uniforme sobre seus significados. Inclusive, a temática explicita as limitações que o Direito tem para “normar” a sexualidade humana, pondo em xeque até mesmo essa normalização e sua própria legitimidade moral (política) e, por conseqüência, o seu grau de eficácia social.

Tendo como pano de fundo as breves considerações acima traçadas, indaga-se: por que a necessidade do reconhecimento civil das relações homossexuais? Em outras palavras: por que a tutela normativa tem utilidade para os homossexuais? Nesse sentido, há uma dimensão relacionada diretamente à própria existência do ordenamento jurídico que justifica a adoção de legislação.

Em um plano mais pragmático, voltado para uma reflexão instrumental do ordenamento jurídico, a resposta para o questionamento não apresenta, em princípio, grandes dificuldades.

A disciplina normativa, em sua eficácia, desempenha duplo papel no que diz respeito à conduta humana: a institucionalização e a internalização (Berger e Luckmann, 1993). O processo de institucionalização relaciona-se diretamente com a conduta prescrita na lei e seus mecanismos de coação e coerção. Já a internalização se opera em

---

<sup>1</sup> Como se vê das experiências atuais, o reconhecimento civil dessas relações pode dar-se em diferentes formas (união estável, parceria civil, casamento ou, eventualmente, outra forma qualquer). Todavia, para a elaboração de um inventário de teses que fundamentem sua adoção pelo direito - que é a nossa proposta - essa “multiplicidade de formas” não se mostra relevante, já que os argumentos tendem a se aplicar a todas as hipóteses. Deste modo, trabalhamos com o reconhecimento civil na qualidade de gênero, sem levar em conta suas eventuais espécies. Optamos, assim, por utilizar a expressão “reconhecimento civil das relações homossexuais” no lugar de união ou parceria homossexual, a despeito das nomenclaturas inscritas nos diplomas legais estrangeiros que tratam da matéria e do nosso próprio projeto de lei. Num primeiro plano, no plano da natureza jurídica, pode parecer que não há qualquer diferença entre os termos, tratando-se apenas de uma variedade de denominações. A distinção entre as expressões teria valor mais argumentativo, de foco a ser projetado, já que a expressão “parceria” invoca uma dimensão negocial, contratual, obrigacional e, portanto, menos suscetível às críticas que consideram o instituto do casamento como monopólio heterossexual. E a palavra “união”, por sua vez, estaria mais vulnerável a tais objeções, porque é mais próxima à idéia de casamento. Embora, no plano da moldura legal, os termos possam ser até cambiantes, a questão não tem tal simplicidade, pois a adoção de um termo ou de outro remete a uma visão própria do que seja a relação homossexual, isto é, se mera relação contratual ou nova dimensão de família. Desta forma, prefere-se reconhecimento civil que, por ser termo genérico, melhor se presta à sistematização da problemática, sem tomar partidos desta ou daquela concepção, evitando-se, portanto, o risco de exclusões indevidas.

um plano interno, de incorporação dos valores veiculados através da norma. Operando em conjunto, resulta em poder transformador da norma jurídica. O reconhecimento normativo, por conseguinte, pode funcionar como mecanismo de transformação de condutas e até mesmo, em última instância, de visões de mundo.

É evidente a repercussão da disciplina legal para a vida das pessoas, visto que seus efeitos são sentidos nos mais diversos planos, como, por exemplo: direitos de propriedade, direitos sucessórios, benefícios previdenciários, direitos de curatela em caso de incapacidade civil de um dos parceiros, impenhorabilidade do imóvel comum dos parceiros destinado à residência, possibilidade de aquisição de nacionalidade no caso de estrangeiro, possibilidade de declaração conjunta de imposto de renda, possibilidade de composição de renda em conjunto para a aquisição ou compra de imóvel, reconhecimento da união como entidade familiar, possibilidade de troca de nome civil, no caso da dissolução da união, possibilidade de partilha de patrimônio e alimentos, entre outros mais.

Deve-se declinar o fato de a instituição casamento, em geral, ser inacessível, no plano jurídico, aos homossexuais - o que, por si só, reforça o discurso da luta por direitos -, pois os casais homossexuais são excluídos dessa tutela protetiva. Nesse mesmo sentido, registra Alas, ao comentar Brasas (2001), “que a instituição do matrimônio se converteu no último bastião da heterossexualidade obrigatória” (2002:61).

Por outro lado, funcionando o sistema jurídico como um “sistema de exclusão” que coloca, fora de seus limites, as relações homossexuais, o exame do direito ao reconhecimento civil dessas relações, especificamente, também deve se justificar, já que é inclusivo e definitivo de titularidade perante direitos e deveres. Nesse caso, o reconhecimento civil é um dos pontos culminantes da leitura assimilacionista do movimento gay.

Nesse sentido, restando definida a relevância jurídica e social do reconhecimento civil das relações homossexuais, é importante investigar os argumentos que pretendem revestir de legitimidade política<sup>2</sup> esse reconhecimento. Assim, neste trabalho pretendemos apresentar um breve inventário sobre as teses que justificam a adoção de disciplina normativa para o chamado “casamento gay”, abordando questões relativas às instituições casamento e família e os argumentos teóricos pró e contra o reconhecimento legal das relações homossexuais.

---

<sup>2</sup> “Em uma sociedade que reivindica o respeito às liberdades individuais, a legitimidade moral de qualquer lei dependerá de que a sua justificação esteja baseada em princípios sólidos e sensatos. Uma lei despojada de tal justificativa provavelmente estará sujeita muito facilmente a ataques políticos, doravante enfraquecendo a sua efetividade. Como consequência, aqueles que advogam a introdução de novas leis - as quais, pelo menos em um primeiro momento, parecem moralmente controversas -, necessitam assegurar-se que estão avançando rumo a uma justificação coerente para atingir a reforma desejada” (Bamforth, 1997: vii). (tradução livre)

## 2. A problemática teórica do “casamento gay”

O “casamento gay”, na atualidade, é um dos pontos mais sensíveis da chamada luta pelos direitos dos homossexuais<sup>3</sup>, pois desnuda o processo de mudanças pelas quais vem passando o mundo.

Na verdade, a possibilidade de reconhecimento sequer é uma visão unânime dentro do próprio movimento gay. Faz-se necessário ressaltar que, além das dificuldades teóricas enfrentadas, há muitas resistências internas para a consagração do reconhecimento civil. Embora não estejam calcadas em argumentos heterossexistas, inspirando-se no ideal de emancipação sexual, de forma similar, na dimensão pragmática, podem implicar uma maior dificuldade de êxito para o pleito<sup>4</sup>.

Por outro lado, na comunidade internacional européia, há expressiva tendência ao reconhecimento civil das relações travadas entre pessoas do mesmo sexo, o que tensiona a disputa moral, política e jurídica e cria uma esfera argumentativa que pretende legitimar a proteção do que está sendo abordado.

Na verdade, a problemática da possibilidade do reconhecimento jurídico do dito “casamento gay” tem gerado um certo desconforto na doutrina<sup>5</sup>, que busca - entre as estruturas construídas (diga-se de passagem, estruturas oriundas de um universo heterossexual dominante e autoritário) - compatibilizar a coerência dogmática, fiel a seus princípios fundantes, com as formas de relacionamento que se “desviam” do padrão de “normalidade de conduta”. Desse modo, as categorias clássicas construídas pela doutrina (como casamento e família e, posteriormente, união de fato/estável), de certo monte, têm revelado algumas insuficiências dogmáticas para dar conta da problemática.

---

<sup>3</sup> Com efeito, as manifestações da Igreja Católica e do atual presidente norte-americano, George W. Bush, noticiadas pela grande imprensa, contrárias ao reconhecimento, dão ao tema conotação de “cruzada” moral, com forte coloração religiosa, visto que o tema está diretamente imbricado com a categoria de “família”.

<sup>4</sup> A propósito, Paula Ettlbrick, criticando a demanda, adverte que “[...] levaria à assimilação de gays e lésbicas pela sociedade heterossexista. [...] o matrimônio atenta contra os principais objetivos do movimento gay: afirmar sua identidade e cultura, e dar validade a muitos tipos de relacionamentos” (apud Alas, 2002:61) (tradução livre). A autora é contrária à adoção de uma instituição que define e regula o Estado, temendo que a luta pela legalização do matrimônio gay se converta no “único molde de respeitabilidade para a relação gay ou lésbica, e que possa servir para marginalizar aqueles casais de gays ou lésbicas que optem por não se casar” (apud Alas, 2002:61) (tradução livre).

<sup>5</sup> Nesse mesmo sentido, preleciona Fernández: “[...] não há dúvida de que as uniões homossexuais, como patentes realidades de convivência afetiva que reclamam o seu pleno reconhecimento jurídico, constituem um problema complexo para o Direito, já que não se trata tanto de outorgar-lhes uma normativa legal, mas de determinar, com clareza, se é possível, ou não, estabelecer-se juridicamente entre pessoas do mesmo sexo uma verdadeira convivência *more uxorio*, e se a heterossexualidade define, ou não, de modo absoluto, a instituição do matrimônio. Deste modo, o tratamento das uniões homossexuais não apenas requer um enfoque dogmático, mas também a conjugação de distintas perspectivas: tanto as estritamente jurídicas (nos âmbitos privado, público, constitucional e jurisprudencial) quanto as sociológicas e psicológicas, para que, assim, se evite a tentação do reducionismo ou do estereótipo. Somente a partir destes pressupostos se poderá enfocar, adequadamente, uma proposta de regulamentação e, o que é mais importante, se poderá determinar o âmbito adequado para tal regulação: o público institucional ou o privado contratual” (2001:02). (tradução livre)

Quando confrontadas com o plano dos direitos humanos, apontam para a necessidade de uma releitura das próprias categorias, liberta de suas origens sexistas, ou mesmo, para a necessidade da proposição de novos parâmetros permeáveis e ajustáveis às diferentes formas de vivência da sexualidade como elemento indissociável da dignidade humana.

A título didático, em razão da prevalência dos argumentos deduzidos, a discussão pode ser sistematizada a partir de dois grandes perfis: um civilista e um constitucional, no plano dos direitos humanos.

### 3. O debate animado por categorias civilistas

O debate animado por categorias civilistas é bastante freqüente na doutrina nacional e pressupõe a investigação de dois núcleos centrais para a constituição da sociedade ocidental, enquanto base organizada dos grupos sociais. São eles: o casamento e a família. Em seqüência, como correlata às citadas categorias, deve-se considerar a figura da união de fato/estável para, em decorrência, verificar-se a possibilidade do reconhecimento legal das relações homossexuais, segundo esses padrões.

A conceituação de “casamento” tem recebido um contorno clássico e monolítico, marcado por dois elementos que são reproduzidos pela doutrina pátria civilista tradicional, herdeira de uma visão de mundo centrada nos valores oitocentistas. São eles a diversidade de sexo - o que implica relação heterossexual - e a finalidade de formar família - o que remete a uma dimensão reprodutiva do instituto. Veja-se abaixo alguns de seus expoentes:

Silvio Rodrigues leciona que o “casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência” (2002:19).

Maria Helena Diniz define o casamento como o “[...] vínculo jurídico entre homem mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família legítima” (1999:33).

E para Caio Mário:

No direito brasileiro Lafayette o definiu: “O casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida.” [...] Igualmente clássica a de Clóvis Beviláqua, posto que extensa, dizendo: “O casamento é um contrato bilateral solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolivelmente, legitimando

por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer”. [...] Outros não mencionam a natureza do ato, contentando-se com aludir à união em si mesma, como se lê na definição de Van Wetter, mais elegante do que científica. O casamento é a união do homem e da mulher com fins de criar uma comunidade de existência. [...] O casamento é a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente. (2002:32-33).

Quanto à categoria de família, verifica-se uma leitura também tradicional, coerente com a de casamento, calcada no modelo tradicional heterossexual, que privilegia a figura do pai, da mãe e do filho, e que, portanto, é centrada na atividade reprodutora. Neste modelo institucional, entre os traços característicos da configuração jurídica da família, Rios enuncia:

[...] deve ser salientada a percepção da família como uma entidade fechada que pode ser considerada em si mesma, permanente no tempo, mesmo com a mutação de seus componentes individuais, voltada para a consecução de objetivos econômicos e afetivos internos e para a realização de finalidades externas e superiores, relacionadas com a manutenção e o progresso de toda a sociedade. Trata-se, como visto, de um modelo hierárquico, em cuja origem os indivíduos são concebidos dentro de uma “regulação piramidal complexa” e assimétrica, na qual, sem a previsão da paridade de direitos entre os cônjuges, delineou-se uma estrutura familiar de tipo forte e autoritário, prevalecendo as relações de hierarquia sobre as de autonomia (2002b:491-492).

Nossos autores clássicos também têm se esforçado em distinguir um sentido genérico e restrito do termo, embora se mantenham fiéis a uma estrutura hierarquizada. Verifique-se:

Caio Mário aponta que: “Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos dos cônjuges (cunhados)” (2002:13).

Para Maria Helena Diniz, família é “[...] o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob a mesma direção” (1999:13).

Silvio Rodrigues diz que:

O vocábulo 'família' é usado em vários sentidos. Num conceito mais amplo poder-se-ia definir família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consangüíneos. [...] Numa acepção um pouco mais limitada, poder-se-ia compreender a família como abrangendo os consangüíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, isto é, os colaterais até 4º grau. [...] Num sentido ainda mais restrito, constitui família o conjunto de pessoas compreendidas pelos pais e sua prole. [...] A família se apresenta, portanto, como instituição que surge e se desenvolve no convívio entre homem e mulher e que vai merecer a mais deliberada proteção do Estado, que nela vê a célula básica da sociedade. (2002:4-6)

Para Venosa:

Desse modo, importa considerar a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreendem-se os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes, por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em sentido estrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder. Nesse particular, a Constituição Federal estendeu sua tutela inclusive para a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental, conforme disposto no § 4º do art. 226: [...] Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes. Pode-se ainda considerar a família sob o conceito sociológico, integrado pelas pessoas que vivem sob um mesmo teto, sob a mesma autoridade de um titular. Essa noção, sempre atual e freqüentemente reconhecida pelo legislador, coincide com a clássica posição do *pater familias* de Direito Romano, descrita no Digesto por Ulpiano. (2002:16)

Entretanto, verifica-se um inconformismo com essas formas clássicas. A crítica contundente é de Fachin:

Assentado no sentido clássico de família monolítica e autoritária, hierarquizada e transpessoal, a norma jurídica resta servindo, nessa dimensão, de instrumento para dedicar capítulos inferiores a sujeitos



naturais que não passam ao estatuto de efetivos sujeitos de direito. Esse regime de exclusão se funda num assento Tripartite que une sexo, sangue e família, a [sic] propicia que as formulações jurídicas privadas modelem as relações de direitos e de parentesco à luz dos efeitos dessas regras de desqualificação. (1996:49).

Percebe-se, assim, um esforço de ressignificação do instituto, designando-lhe uma maior flexibilidade e abertura na sua compreensão, quando a ela se atribuem contornos constitucionais. Desloca-se seu eixo para o valor do desenvolvimento pessoal, conferindo-lhe uma dimensão instrumental, já que a mera estrutura formal pouco diz sobre seu conceito. Dessa forma, outros valores lhe informam o significado.

Para Perlingieri, família “é a formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes” (1997: 178).

Ensina Tepedino:

Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que - e somente na exata medida em que - se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento de personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes. [...] Dito diversamente, altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos - tendo por origem não apenas o casamento - e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros. (2002).

Carbonera indica dois elementos caracterizadores da família - o afeto e a ajuda: “[...] a família contemporânea é tomada como a ‘comunidade de afecto e entreajuda’, espaço onde as aptidões naturais podem ser potencializadas e sua continuidade só encontra respaldo na existência do afeto” (1998: 291-292).

Definidos esses conceitos, avança-se na reflexão, para a compreensão do que seja a união estável. Em geral, os autores têm entendido que a união estável é uma projeção do casamento, despida de sua solenidade, mas imbuída de suas finalidades.

A união estável, para Silvio Rodrigues, caracteriza-se “[...] como a união do homem e da mulher fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim de satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade da mulher ao homem” (2002: 287).

E para Caio Mário:

Embora não nos pareça exigível a convivência sob o mesmo teto, a união estável guarda aproximação com a posse do estado de casados, o que levou Simão Benjó a dizer que “a companheira deve ter o trato, o nome e a fama de esposa”. Vale dizer que: os que vivem em união estável devem ter tidos como tais perante os amigos e a sociedade, embora a utilização do nome do companheiro, pela mulher, não seja requisito fundamental. Igualmente não nos preocupamos com o ‘tempo de duração’, que pode ser mais ou menos longo. O que importa é ser a união duradoura, inspirada no elemento anímico, a gerar a convicção de que pode marchar para a relação matrimonial. (2002:45).

No que toca à problemática do reconhecimento civil das uniões homossexuais, essas categorias têm sido manejadas em estruturas argumentativas distintas, a fim de se admitir (ou não) a possibilidade jurídica do reconhecimento.

Como tem sido declinado pela doutrina tradicional, o casamento é uma instituição ontologicamente heterossexual, de modo que o “casamento gay” seria uma impossibilidade jurídica, visto que subverte a categoria em si.

Esse reconhecimento - aqui traduzido por proteção legal - pode se dar por duas formas: a) como parte integrante de relações negociais - reduzindo-se a relação homossexual a uma sociedade de fato - na qual a tutela protetiva se restringe exclusivamente aos aspectos patrimoniais da questão; ou b) como parte integrante da tutela do direito de família - quer qualificada como família/entidade familiar; quer na identificação com a figura da união de fato/estável) - o que evidencia uma visão mais renovada dos institutos acima declinados.

A tese obrigacional - que não admite a possibilidade de reconhecimento, como tutela do direito de família - concentra-se, basicamente, em um único argumento bastante apegado às formas civilistas.

Nesse mesmo sentido, Giorgis afirma que não é possível enquadrar “a união homoerótica como forma de casamento, o que não acha respaldo na doutrina e nos repertórios dos tribunais” (2002:49).

Também a relação homossexual não pode ser considerada como família, já que não há a possibilidade de procriação entre pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, Czajkowski (1995) é bastante contundente, o que evidencia uma visão encarcerada na normatividade heterossexual. Alinhando-se a esse posicionamento, a despeito de reconhecer que a orientação sexual, à luz da Carta de 1988, integra a personalidade, Gama sustenta:

É inquestionável que, à luz do texto constitucional de 1988, a orientação sexual da pessoa é atributo inerente de sua personalidade, merecendo respeito e acatamento por toda a sociedade, que deve ser livre, justa e solidária, preservando a dignidade da pessoa humana, independentemente de suas preferências ou opções sexuais. O afeto, existente na maior parte das uniões homossexuais, é idêntico ao elemento psíquico e volitivo das uniões conjugais e companheiros, não há dúvida. Mas, juridicamente, não há uma família constituída entre as pessoas do mesmo sexo que vivam em situação similar àquela das uniões heterossexuais, tal como a união sexual entre concubinos, bem como entre parentes. Inexiste dúvida que o Estado e a sociedade não podem adotar qualquer postura discriminatória ou restritiva à liberdade que os homossexuais têm de se unirem, formando uma entidade quase-familiar, mas há elemento de discriminação razoável para não conceber tal união no contexto do Direito de Família (2000b:36).

Desta forma, sem ser casamento e sem se caracterizar como família, não há o substrato necessário para o reconhecimento da relação homossexual como união estável, já que esta é uma “sombra” do casamento. Para Gama:

[...] um dos requisitos objetivos exigidos para a configuração do companheirismo (união estável, na linguagem do legislador constituinte) é a diversidade de sexos, ou seja, “a união extramatrimonial entre um homem e mulher, como componente natural, atrelado à noção de que tais uniões existem, normalmente, para atender aos desejos instintivos das pessoas, ou seja, a, manutenção de relações sexuais e, eventualmente, para servir à procriação (2000b:33).

Inclusive, no dizer de Miguel Reale, ao tratar do Projeto do Código Civil em aula inaugural da Faculdade de Direito de Guarulhos, a matéria não é de Direito Civil, e sim de Direito Constitucional, razão pela qual não caberia ao novo Código disciplinar a questão.

[...] a união estável de homossexuais só com a mudança na Constituição. [...] Há quem diga que o Código é atrasado por não tratar dos homossexuais. A culpa não é nossa. Não podemos mudar a Constituição. A união estável é entre um homem e uma mulher. Se querem estender esse direito aos homossexuais, que mudem primeiro a Constituição, com 3/5 dos votos do Congresso Nacional. Depois, o Código Civil poderá cuidar da matéria. (apud Fugie, 2002:140).

Quando muito, admite-se que a questão seja resolvida sob o aspecto de simples sociedade de fato, remetendo-se a problemática para o campo obrigacional. Nesses casos, em posições extremas, não haveria sequer a necessidade de uma explicitação legal, uma vez que a própria ordem jurídica oferece os mecanismos para a solução do problema. Nesse particular, Giorgis registra que:

Uma das questões diz com a partilha do patrimônio havido por homossexuais de vida comum, que tem sido costumeiramente solvida nas regras do direito obrigacional, como se fora uma sociedade de fato. Assim, o parceiro tem direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos do artigo 1.363 do Código Civil, aceitando-se uma mútua obrigação de combinar ânimos para lograr fim, eis que a negativa da incidência de dita regra tão ampla e clara, significa prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio de preferência sexual, desconhecendo a realidade que esta união, embora criticada, existe e produz efeito de natureza obrigacional e patrimonial que o direito civil comum abarca e regula (2002:35).

Tal entendimento - denegatório da dimensão familiar da relação homossexual -, na verdade, tem sofrido severas críticas sob a ótica dos direitos humanos, vez que, apesar de representar um relativo avanço, mantém as relações homossexuais como se fossem relações de segunda classe - implicando última instância em discriminação.

Dias consigna que:

De forma cômoda, o Judiciário busca subterfúgios no campo do Direito das Obrigações, identificando como uma sociedade de fato o que nada mais é do que uma sociedade de afeto. A exclusão de tais relacionamentos da órbita do Direito de Família acabava impedindo a concessão dos direitos que defluem das relações familiares, tais como direitos à meação, à herança, ao usufruto, à habitação, a alimentos, a benefícios previdenciários, entre tantos outros (2002:394).

Para Carvalho, tais posicionamentos jurisprudenciais não deixam de representar “um progresso se se considerar que possibilita a partilha de bens adquiridos na constância da união civil entre pessoas do mesmo sexo, ao término desta, ainda que a proporção desta partilha esteja condicionada à prova da contribuição de cada um dos conviventes” (2000:224). Mas, continua a autora,

[...] é preciso avançar mais, pondo fim às discriminações odiosas em face da orientação sexual, tal como quer a Constituição brasileira, entendendo a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar com a consequência de assegurar-se aos parceiros o direito à metade dos bens adquiridos na constância da união, à herança, à sucessão, aos benefícios previdenciários, ao seguro-saúde, previsão da declaração conjunta do imposto de renda, o direito à nacionalidade no caso de estrangeiro que tenha parceiro brasileiro e a aceitação de declaração renda conjunta para a obtenção de financiamento de imóveis. Tal concepção representaria um avanço maior na medida em que se estaria estendendo, de fato, determinados direitos humanos a pessoas que são ainda tão marginalizadas em nossa sociedade - aquelas que estabelecem com pessoas do mesmo sexo uma união ou parceria para se realizarem plenamente como pessoas. E representaria um progresso maior, na medida em que teria por fim preservar e promover a dignidade humana. (Carvalho, 2000:224).

Fernández considera que o encerramento das relações homossexuais ao universo obrigacional pode até trazer soluções práticas, mas não atende o reconhecimento, no sentido identitário, das demandas homossexuais:

A remissão do fenômeno ao âmbito privado mediante a criação de um tipo peculiar de contrato de convivência, ainda que solucione muitos problemas e outorgue certos efeitos, não responde às legítimas expectativas daqueles que defendem outros modelos de relação afetiva de parceria cuja pretensão é serem reconhecidos - não tanto no plano dos efeitos pessoais e patrimoniais quanto no do âmbito do direito de família - como unidades familiares não-matrimoniais. Enquadrar o fenômeno das uniões de fato fora do Direito de Família constitui, em minha opinião, uma desvirtuação da autêntica dimensão marital (*more uxorio*) que estas uniões representam (2001:29).

Para os autores partidários do reconhecimento civil das relações homossexuais sob a ótica familiar, ele se viabiliza mediante a leitura renovada do conceito de família, calcada no afeto, na mútua ajuda e no desenvolvimento pessoal.

Trata-se, para alguns, de “famílias não fundadas no casamento, de convivência espontânea” (Fugie, 2002:138). Nessa via, embora ainda não se admita a instituição do casamento em si, viabiliza-se o reconhecimento civil das relações homossexuais pela figura da união de fato (ou união estável) e pela forma de entidade familiar, ressignificando a categoria em si. Veja-se Moraes:

Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como “instrumento”, não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma *ratio*, com os mesmos fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades “familiares” torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual - a qual se configura como um direito personalíssimo -, seja a razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente compromissado com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, 11, CF), tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva. De fato, a Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se no princípio solidarista sobre o qual funda a estrutura da República, significando dizer que a dignidade da pessoa é preexistente e antecedente a qualquer forma de organização social (2000:108).

Tal entendimento mostra-se mais aberto aos valores constitucionais, já que busca adequar essas categorias civilistas ao universo de proteção constitucional da dignidade humana, tratando-se, assim, de um perfil civilista renovado. Novamente Moraes:

A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais, ou homossexuais inatas, e do fato de que tal orientação ou tendência não configura doença de qualquer espécie - a ser, portanto, curada e destinada a desaparecer -, mas uma manifestação particular do ser humano, e considerando, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ao qual está definitivamente vinculado todo o ordenamento jurídico, e da conseqüente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações entre pessoas do mesmo sexo devem merecer status semelhante às demais comunidades de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar (2000:109).

Para Fachin:

Humanismo e solidariedade constituem, quando menos, duas ferramentas para compreender esse desafio que bate às portas do terceiro milênio com mais intensidade. Reaprender o significado de projeto de vida em comum é uma tarefa que incumbe a todos, num processo sacudido pelos fatos e pela velocidade das transformações.

Em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto. Esse é um ponto de partida para desatar alguns “nós” que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso sócio-afetivo. (1996:52-53)

#### 4. O debate animado por direitos humanos

No plano da fundamentação teórica calcada nos direitos humanos, é bastante fértil a produção estrangeira. Em geral, os autores apresentam justificativas para o reconhecimento, menos calcadas em categorias formais e mais abertas aos valores consagrados nos direitos humanos.

Essas justificativas podem ser agrupadas em quatro possibilidades: o direito à intimidade; a liberdade de orientação sexual; o direito à igualdade; e o direito à dignidade humana. Muitas vezes, esses argumentos são tecidos em conjunto, como forma de se autocompletarem, chegando até mesmo a se confundirem.

O direito à intimidade é um dos argumentos mais antigos e com longa história, especialmente na esfera jurisdicional. Seus fundamentos repousam na concepção liberal clássica de que ao indivíduo deve ser assegurada uma esfera de autonomia que se encontra fora do alcance do Estado, inserida como pressuposto da liberdade do indivíduo. Em outras palavras, não cabe ao Estado ditar a seus súditos quais são os valores moralmente bons, mas, ao contrário, ele deve respeitar a autonomia das pessoas, permitindo-lhes a escolha de seus próprios valores e formas de vidas (Richards, 1982).

Assim, por direito à intimidade, entende-se, em uma expressão bastante singela, o direito de estar só. No que toca à sexualidade humana, o direito à intimidade preserva o seu exercício, em suas mais diversas manifestações, como elemento necessário para um desenvolvimento saudável do ser humano, alijando a interferência indevida de terceiros e do Estado nessa esfera particular. Sustenta-se, pois, que há uma certa área na vida do ser humano que é demarcada como privada e que é moralmente legítimo exigir do

Estado uma abstenção de intervenção regulativa, já que, em princípio, as escolhas feitas por todas as pessoas têm o mesmo valor moral. Exige-se, por conseqüência, neutralidade do Estado em matéria de sexualidade humana.

No que tange ao tema sob exame, a intimidade evidencia um duplo escopo, impondo-se como limite para à intervenção estatal na vida sexual das pessoas: por um lado, fica patente a relevância que a sexualidade tem na vida privada do indivíduo; por outro, ressalta-se a relativa irrelevância do tema para a esfera da regulação estatal.

Relacionado diretamente como suporte para a luta por direitos dos gays, o argumento não é isento de falhas. Para além da polêmica discussão sobre a legitimidade da intervenção estatal em matéria de sexualidade, o direito à intimidade não viabiliza a proteção fora da esfera da intimidade, isto é, “fora do quarto” - o que deixa a descoberto a possibilidade de que o Estado venha a legislar, na esfera pública, contra direitos dos homossexuais.

O segundo argumento listado é a liberdade de orientação sexual, também denominada de direito de autodeterminação sexual - o que implica a proibição de discriminação por razão de orientação sexual, remetendo à problemática da igualdade.

Por orientação sexual entende-se, segundo definição da Associação Norte-Americana de Psicologia (APA, 2003), “[...] um componente da sexualidade que é caracterizado por proporcionar atrações afetivas e/ou sexuais, românticas e emocionais por indivíduos de um gênero em particular. Desta forma, a orientação sexual se refere mais do que apenas certos comportamentos”.

A esfera protetiva do direito assegura, a seu titular, a possibilidade de vivenciar sua sexualidade - que se manifesta pela orientação sexual - da forma que melhor lhe aprouver, como elemento inarredável da formação sadia da personalidade humana (esta, a seu turno, é um dos desdobramentos da dignidade humana). Nesse sentido, Oliveira reconhece que:

O direito de autodeterminação sexual do indivíduo está baseado no princípio da tutela geral de personalidade, entendido este como a proteção do homem concretizado em sua específica realidade física e na sua particular realidade moral, que inclui sua humanidade e individualidade, como também seu direito à diferença de concepção e atuação moral própria pelo menos, até onde não colidam com quaisquer outros tipos de ilicitude ou outros indivíduos (2003:66).

Por outro lado, há uma vertente, nessa linha argumentativa, que sustenta a imutabilidade da orientação sexual. Seria, portanto, um ato ilegítimo do Estado impor



um ônus excessivo (mediante a adoção de normatividade excludente) aos cidadãos que não podem voluntariamente “escolher” a forma de manifestação de sua sexualidade. Há, pois, uma concepção de natureza humana “nata” que deve ser respeitada.

A fragilidade dessa argumentação reside, especialmente, na tese da imutabilidade da orientação sexual. Primeiro, porque a questão é profundamente controvertida, não havendo conclusões científicas definitivas sobre a origem da homossexualidade. Segundo, porque pode funcionar como um elemento conservador e desqualificador da autonomia individual em razão de sua inevitabilidade, o que não acrescenta nenhum aspecto positivo à leitura moral da homossexualidade.

Para Bamforth “[...] poderá, plausivelmente, ser reivindicado que os argumentos da imutabilidade têm o efeito de apresentar uma orientação sexual lésbica ou gay como uma incapacidade desafortunada - a qual deveria atrair para si a simpatia e a compreensão, ao contrário de ser alguma coisa que a maior parte das pessoas vê como um aspecto saudável e valorável de suas vidas” (1997:205) (tradução livre).

O direito à igualdade, de forma breve, é articulado com diferença, sustentando a tese de que não há justificativa razoável para um tratamento discriminatório, excludente e preconceituoso dos homossexuais: impõe-se vedar a discriminação por fator de orientação sexual. Melhor dizendo, essa vedação seria uma manifestação específica da igualdade no campo da sexualidade humana, tratando-se de discriminação odiosa. Na verdade, o que se discute aqui é “[...] se a existência de distintos regimes jurídicos justifica-se pela identidade atribuída a alguém em virtude da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade)” (Rios, 2002:95).

Nesse sentido, responde Louis Favoreu que “[...] toda diferenciação, seja em matéria penal, civil, social ou administrativa, será inconstitucional a partir do momento em que ela tenha por fundamento a orientação sexual desse ou daquele indivíduo” (apud Garneri, 2000:101) (tradução livre).

As dificuldades enfrentadas pela via igualitária não dizem respeito propriamente à problemática gay, mas incorporam os problemas teóricos que o tema igualitário suscita. Em particular, a atenção recai sobre a possibilidade de fixação de critérios apriorísticos que sirvam de pauta para a qualificação jurídica de situações “justificáveis” (Silva, 1999 e 2003).

A dignidade humana é o argumento mais abrangente, e funciona como o desaguadouro de todos os demais já citados (inclusive as teses civilistas se respaldam nessa dimensão valorativa da ordem jurídica). Ela tem sido compreendida como o eixo central de toda a ordem jurídica, atuando como elemento referenciador dos direitos humanos

que “tendem a explicitar e satisfazer as necessidades da pessoa na esfera moral” (Peréz-Luño, 1999:318) colocando-se como “núcleo catalizador do Direito Público” (Bermudéz, 1995: 295) (tradução livre). Assim, a dignidade da pessoa humana, na pena de Alcalá, é: “[...] o valor básico que fundamenta os direitos humanos, já que a sua afirmação não apenas constitui uma garantia de tipo negativo que protege as pessoas contra os vexames e as ofensas de todo tipo, senão que, também, deve afirmar positivamente, através dos direitos, o pleno desenvolvimento de cada ser humano e de todos os seres humanos” (1999:241) (tradução livre).

Ainda na concepção de garantia, Maihofer atribui posição e significados jurídicos tripartites para a dignidade humana:

Em primeiro lugar, trata-se de um direito fundamental, a partir do qual se podem deduzir e interpretar todos os demais que compõem o sistema constitucional dos direitos fundamentais. Por outra parte, constitui algo assim como uma norma fundamental dentro da estrutura normativa da ordem jurídica, em relação à qual cabe dirimir a validade das outras normas que o compõem. Finalmente, constitui uma das bases materiais sobre a qual se assenta a construção organizacional do Estado e, mais concretamente, dela se desprendem, como exigências, o modelo do Estado de Direito liberal, não-autoritário; o Estado social, e a democracia liberal, não-popular. Estes princípios organizacionais são, no julgamento de Maihofer, expressão direta de uma concepção das relações entre as pessoas e a comunidade política, segundo a qual esta última se encontra a serviço daquelas, e não o contrário. A pessoa, em virtude de sua dignidade, se constitui, portanto, no fim do Estado (apud Bermudéz, 1995: 295-296) (tradução livre).

Quanto ao seu conteúdo, a dignidade apresenta uma dimensão fluida: ao mesmo tempo em que transcende a dimensão humana e a ordem jurídica, é marcada por uma historicidade enquanto fonte de sua determinação. As reflexões a esse respeito são de Alves.

Tal é exatamente o que ocorre com o princípio da dignidade humana, que comporta o núcleo inarredável do nosso constitucionalismo enquanto decorrente da natureza intrínseca da pessoa humana. O conteúdo desse princípio será delimitado a partir de reflexões de ordem filosófica - e não apenas estritamente jurídicas - que não descartem a dimensão transcendente do ser humano; deve ser ainda complementado pela contextualização do momento histórico específico, que é construído e transformado a cada geração (2001:177-178).

Desta forma, adverte Alcalá que:

A dignidade da pessoa, não é possível defini-la; apenas podemos apreciar, em cada realidade concreta, a sua vulnerabilidade, a qual se concretiza cada vez que perturbamos, ameaçamos ou privamos cada pessoa de seus direitos essenciais, cada vez que a denegrimos ou humilhamos, cada vez que a discriminamos, cada vez que colocamos obstáculos a sua plena realização, cada vez que o Estado a utiliza como meio ou instrumento de seu próprio fim (1999:242) (tradução livre).

Estabelecido como fundamento para o reconhecimento civil das relações homossexuais, o princípio da dignidade humana torna-se a via de exercício legítimo da sexualidade humana - que se coloca como um dos elementos centrais para a vida humana. Bamforth indaga sobre essa importância, chamando atenção para o fato de a sexualidade de cada pessoa ser única.

Por que, todavia, deveria a sexualidade - assim concebida - ser um valor tão central para cada um de nós? A resposta mais provável é que nossos gostos individuais sexuais, os nossos encontros e vínculos emocionais e sexuais são as características e experiências pessoais mais centrais/essenciais/fundamentais que temos de nossas vidas. Algumas pessoas, por questões pessoais, valorizam mais outras atividades - seja através do mercado de ações ou construindo mesas, por exemplo. Dois fatores, entretanto, destacam o desejo e a atividade sexual como as mais pessoais e valoráveis para a maioria de nós. Primeiramente, o grau único de interdependência humana que envolve mesmo o mais casual dos encontros sexuais. Inicialmente, esta interdependência pode ser puramente física; entretanto, se um encontro sexual acaba se transformando em um relacionamento mais duradouro (ou seja, com maior envolvimento), então, a interdependência se torna de um caráter ainda mais profundo e emocional. O segundo fator é que os gostos sexuais variam quase que infinitamente - em termos do que pensamos que torna alguém um parceiro sexualmente desejável, ou o que faz de um ato sexual algo prazeroso - e os gostos e as fantasias de cada pessoa vão de encontro exatamente ao seu desejo mais central, fazendo-os tão particulares como seres humanos que são. A moderna noção de orientação sexual, no sentido do sexo da(s) pessoa(s) por quem estamos atraídos, é apenas um desses aspectos. Dentro dos parâmetros básicos de sua orientação sexual, as pessoas são freqüentemente capazes de conceitualizar os seus gostos e fantasias sexuais ideais mais claramente do que em relação a outros tipos de gostos ou aspirações. Nem todos podem

satisfazer suas ambições sexuais, é claro - mas qualquer um pode ter aspirações. Assim, a concepção pessoal de sexualidade é, a seu modo, única e central a cada um dos seres humanos (1997:259-260). (tradução livre)

Nesse sentido, o que cada pessoa entende como sexualmente ou afetivamente desejável deve ser respeitado. Retoma-se assim a idéia de que há uma titularidade moral à autonomia, inarredável e derivada da dignidade humana. Há, entretanto, uma exceção: exige-se o consentimento como elemento validador e autorizador da proteção a essa autonomia moral. E a autonomia e a dignidade, a seu turno, remetem à idéia de identidade.

Para Alcalá, “esta dignidade da pessoa implica reconhecer o outro como ‘um outro eu’ nas relações interpessoais (um caso de empatia), da mesma forma como corresponde especialmente ao Estado reconhecer, garantir e promover a dignidade e os direitos humanos, removendo os obstáculos que se opõem a eles” (1999:241) (tradução livre).

Com o primado da dignidade, os direitos humanos já não são limite, mas, sim, medida do Estado, constituindo-se, portanto, como “a ética e a antropologia do Estado de direito, a categoria básica do Estado constitucional moderno, que deixou de ser Estado legal para se converter em Estado pluralista, aquele no qual a dignidade humana se converteu em Staatsfundamentalnorm” (Bertolino, 1999:139) (tradução livre).

Esse pluralismo é de modelos e de linhas de orientação. É um pluralismo de “possibilidades”, no qual “[...] os direitos fundamentais são concebidos como ‘direitos à possibilidade’ e, através deles, se afirma - ainda que às vezes correndo o risco da contradição - uma verdadeira ‘cultura das alternativas’. Apenas no Estado dos direitos a Constituição se encontra aberta ao futuro: preocupa-se não apenas com o conteúdo textual de suas fórmulas, mas, especialmente, pelas ‘idéias e significados que evoca no desenvolvimento da vida social e jurídica’ que está destinada a formar e organizar” (Bertolino, 1999:139) (tradução livre).

Em seguida, são apresentados argumentos que, embora não se utilizem expressamente da expressão “direitos humanos”, podem ser acrescidos a estes, uma vez que trabalham com os valores que lhes são afetos, tais como igualdade/diferença e dignidade humana (relacionada, por exemplo, à noção de auto-estima, respeito social, felicidade).

Ora, no que toca aos homossexuais e à situação histórica de preconceito e de exclusão a que estão sujeitos, agravada por percepções homofóbicas, o desconhecimento e o “estranhamento” que, em geral, as pessoas sentem em relação à homossexualidade são fatores que funcionam como combustível para essa visão negativa das relações entre pessoas do mesmo sexo. Esses fatores poderiam ser minimizados, diluídos e até mesmo superados através da intervenção normativa, acompanhada de um processo de construção social do valor da diferença. Para Mott, é uma via de fomento da respeitabilidade dos homossexuais.

AUMENTO DA RESPEITABILIDADE DOS HOMOSSEXUAIS - legalizando-se a união entre homossexuais, estaremos contribuindo decisivamente para destruir a imagem preconceituosa de que todo gay é promíscuo e incapaz de um amor verdadeiro. A inclusão de um parágrafo sobre o casamento homossexual dentro das leis brasileiras e a simples participação de homossexuais assumidos em celebrações civis auxiliariam a quebra desse tabu e da ideologia homofóbica que ainda consideram os gays ridículos, caricatos ou desprezíveis. Legalizar o casamento homossexual é portanto um passo importante para maior visibilidade e respeito aos direitos de cidadania dos gays e lésbicas. Negar essa evidência equivale a continuarmos na gaveta e na condição de subumanos. (2003:250-251)

A publicidade oficial das relações homossexuais, através da chancela estatal, poderia contribuir, pelo menos, para um processo de “naturalização” das relações entre pessoas do mesmo sexo. Esse processo possibilitaria a redução de desconforto e de tensão social vividos, dia a dia, pelos gays e, por conseqüência, por toda a sociedade, a despeito de, eventualmente, não se atingir efetiva concepção axiologicamente favorável ou neutra da homossexualidade (isto é, se o valor da diferença não se fizer prevalecer).

Nesse sentido, reforça Graff, esmiuçando os benefícios para toda a sociedade:

Legalizar o casamento gay significa oferecer aos homossexuais o mesmo acordo que a sociedade atualmente oferece aos heterossexuais: aprovação social geral e vantagens legais específicas em troca de uma maneira ‘mais-profunda-e-rígida-de-se-desvincular-de-um-compromisso’ com um outro ser humano. Assim como em relação ao casamento entre pessoas de sexo diferente, fomentar-se-ia uma maior coesão social, segurança emocional e prudência econômica. A partir do pressuposto de que não há qualquer razão que impeça gays de adotarem ou de assumirem a responsabilidade por uma criança, se poderia, eles poderiam também ajudar a criar crianças. E a sua introdução não significaria uma espécie de ruptura radical com os costumes sociais. Da mesma forma como tem se tornado mais aceitável para as pessoas gays o reconhecimento em público de seus afetos, cada vez mais essas mesmas pessoas têm se comprometido junto com seus parceiros diante de suas famílias e amigos. Uma lei que institucionalizasse o casamento gay iria meramente reforçar uma saudável tendência social. Ao mesmo tempo, depois do aparecimento da AIDS, esta medida serviria como uma genuína medida de saúde pública. Aqueles conservadores que dizem lamentar a promiscuidade entre alguns homossexuais deveriam ser os primeiros a apoiá-la. (2003b) (tradução livre).

Por outro lado, ao se compreender a própria estrutura da instituição casamento, com sua rede de direitos e deveres, recíproca e voluntariamente contraídos, podem-se identificar algumas razões que advogam pelo reconhecimento civil das relações homossexuais, nos mesmos moldes do tradicional casamento civil.

Segundo Hohengarten (1994), o casamento é a instituição civil que oferece um arcabouço legal único que se presta a construir um relacionamento entre pessoas adultas baseado em alto grau de compromisso. No plano das idéias, os benefícios e os encargos correspondentes ao casamento refletem as diferenças entre os casais legalmente casados e os que não apresentam tal status. Como nenhuma outra instituição, sob esse aspecto, desempenha o papel atribuído ao casamento, apenas a equiparação legal das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo ao casamento pode franquear esse arcabouço aos casais gays que a ele querem se submeter, viabilizando a criação de uma unidade que supera a atomização contemporânea do indivíduo. Esse comprometimento funciona como base relativamente estável, sobre a qual as pessoas envolvidas podem estabelecer aspectos de suas vidas em conjunto e perante terceiros. Para o autor:

O casamento fornece o único meio legal pelo qual adultos que se relacionam de maneira mais íntima podem, se assim o quiserem, fazer um contrato/pacto vinculante, se unir para, com diversos objetivos, funcionar unitariamente. Os parceiros podem confiar neste contrato em vista de negociações entre as próprias partes, e terceiros podem, também, confiar neste instrumento nas relações com ambos. O casamento oferece, assim, uma estrutura crucial para a superação do individualismo atomista que domina a nossa ordem legal e social. Esta função do casamento não tem nada a ver com gênero, sendo, portanto, igualmente relevante para casais de mesmo sexo ou de sexo oposto. (1994: 1.495-1.531) (tradução livre).

Graff ainda apresenta um argumento menos elaborado, talvez com tintas conservadoras, mas que concorre para o bom estado de saúde mental dos homossexuais pela possibilidade, especialmente, da adoção de metas pessoais e da construção de um bom relacionamento familiar. Verifique-se:

É bom para os gays. Fornece modelos de papéis para gays jovens, os quais, após o regozijo de se assumirem, facilmente adentram um relacionamento de curta duração e insegurança, sem qualquer objetivo tangível à vista. [...] O casamento legal gay pode, igualmente, contribuir para reduzir o abismo freqüentemente existente entre eles e seus pais. Poderia trazer a essência da vida gay - um casal gay - ao

coração da tradicional família heterossexual, de uma maneira que a família possa compreendê-lo e, mais facilmente, reconhecer a prole gay). Poderia servir tanto para acabar com a tensão hetero-homo quanto uma específica legislação gay (2003b) (tradução livre).

## 5. Conclusão

Em breves linhas, este é o debate teórico que anima a questão e reveste as teses que sustentam ou rechaçam o reconhecimento civil das relações homossexuais, ora reforçando o discurso de direitos, ora enfraquecendo-o, com a defesa de argumentos que insistem na permanência da heterossexualidade como modelo padrão de relacionamentos humanos. Os debates travados revelam perplexidade e impasse teóricos, dificuldades e resistências que, muitas vezes, acabam por reforçar o status de segunda classe atribuído aos homossexuais, como titulares de uma cidadania de menor grandeza.

## 6. Bibliografia

### a) Livros

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade humana: o enfoque da Doutrina Social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAILEY-HARRIS, Rebecca. Same-Sex Partnerships in English Family Law. In: WINTEMUTE, R. e ANDENAES, M. *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*. Oxford: Hart, 2001. p. 606-619.

BAIRD, Robert M.; BAIRD, M. Katherine (Ed.). *Homosexuality: Debating the issues*. New York: Prometheus Books, 1995.

BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuart (Ed.). *Same-sex marriage: The moral and legal debate*. New York: Prometheus Books, 1997.

BAMFORTH, Nicholas. *Sexuality, morals and justice: A theory of lesbian and gay rights law*. London: Cassell, 1997.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

BERMUDÉZ, Pedro Serna. *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1990.

BERSANI, Leo. *Homos*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1995.

BOURDIER, Pierre. Quelques question sur la question gay et lesbian. In: ERIBON, Didier (Org.) *Les études gay et lesbiennes*. Paris: Centre Georges Pompidou, 1998. p. 45-50.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução: Elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: RT, 2002.



CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 273-313.

DAGNESE, Napoleão. *Cidadania no armário: Uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade*. São Paulo: LTr, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: O que diz a Justiça!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5º vol., 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

EPSTEIN, Steven. Gay and Lesbian Movements in the United States: Dilemmas of Identity, Diversity, and Political Strategy. In: ADAM, Barry; DUYVENDAK, Jan Willem; KROUWEL, André (Org.) *The Global Emergence of Gay and Lesbian Politics: National Imprints of a Worldwide Movement*. Philadelphia: Temple University Press, 1998. p. 30-90.

ERIBON, Didier. (Org.) *Les études gay et lesbiennes*. Paris: Centre Georges Pompidou, 1998. \_\_\_\_\_ . *Réflexions sur la question gay*. Paris: Fayard, 1999.

EVANS, David T. (Homo)sexual citizenship: a queer kind of justice. In: WILSON, Angelia R. (Ed.). *A simple matter of justice?* London: Cassell, 1995. p. 110-145.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (Coord.) *Problemas de Direito Civil - Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 515-577.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

\_\_\_\_\_. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HEILBORN, Maria Luiza (org.) *Sexualidade: o olhar das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

HEINZE, Eric. *Sexual Orientation*. Dordrecht, Holanda: Martinus-Nijhoff Publishers, 1995.

MICHEL, Andrée. *Sociologia da Família e do Casamento*. Tradução de Daniela de Carvalho. Porto, Portugal: Res, 1983.

MOTT, Luiz. *Crônicas de um gay assumido*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

NAVA, Michael; DAWIDOFF, Robert. *Created Equal: Why Gay Rights Matter to America*. Nova York: St. Martin's Press, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 1ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. 1, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1999.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. V. 5, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERÉZ-LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PERRY, Michael J. *The idea of human rights: Four inquiries*. New York, Oxford: Oxford University Press, 1998.

PINELLO, Daniel R. *Gay rights and american law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

RICHARDS, David A. J. *Women, gays and the constitution: The ground for feminism and gay rights in culture and law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

\_\_\_\_\_. *Identity and the case for gays rights: Race, gender, religion as analogies*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Américo Luís Martins da. *A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SILVA, Fernanda Duarte L. L. da. *O princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. *Romer v. Evans: “o amor que não ousa dizer o seu nome.”* In: VIEIRA, José Ribas. *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 163-202.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STYCHIN, Carl F. *Law's desire: Sexuality and the limits of justice*. London, New York: Routledge, 1995.

SULLIVAN, Andrew. *Praticamente normal: Uma discussão sobre o homossexualismo*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

SULLIVAN, Andrew (Ed.). *Same-Sex Marriage: Pro and Con: A Reader*. New York: Vintage/Random House, 1997.

VAID, Urvashi. *Virtual equality: the mainstream of gay and lesbian liberation*. New York: Doubleday Anchor Books, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

WILSON, Angelia R. (Ed.). *A simple matter of justice?* London: Cassell, 1995.

WINTEMUTE, Robert. *Sexual Orientation and Human Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

b) Artigos em revistas, cadernos, periódicos e outros

ALAS, Leopoldo. ¿La sociedad gay: una invisible minoría? *Claves de Razón Prática*, Madrid, n. 122, p. 58-64, maio 2002.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. La dignidad de la persona, derechos esenciales y derecho a la igual protección de la ley. *Revista de Derecho Constitucional*, Caracas, Venezuela, n. 1, p. 241-265, sep.-dec. 1999.

BERTOLINO, Rinaldo. La cultura moderna de los derechos y la dignidad del hombre: Derechos y libertades. *Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*. Universidad Carlos III. Madrid, a. 4. n. 7, p. 131-140, 1999.

CZAJKOWSKI, Rainer. Reflexos jurídicos das uniões homossexuais. *Jurisprudência Brasileira, cível e comércio*, Curitiba, n. 176, p. 95-107, 1995.

FUGIE, Erika Harumi. Inconstitucionalidade do artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal? *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 15, p. 131-150, out.-dez. 2002.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 29, n. 88, p. 224-252, dez. 2002b.

\_\_\_\_\_. A relação homoerótica. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 26, n. 82, p. 95-117, jun. 2001.

GONTIJO, Segismundo. A parceria dita gay. *ADV Advocacia Dinâmica*. Boletim Informativo semanal, v. 17, n. 19, p. 240-242, maio 1997.

HOHENGARTEN, William. Same-Sex Marriage and the Right of Privacy. *Yale Law Journal*, n. 103, p. 1.495-1.531, apr. 1994.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A união estável entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, p. 89-112, jan.-mar. 2000.

PATTO, Pedro Vaz. Direito penal e ética sexual. *Direito e Justiça*, Lisboa, v. XV, t. 2, p. 123-145, 2001.

PINTO, Mônica Cristina Moreira. União clandestina: união homossexual: efeitos patrimoniais. *Ciência Jurídica*, n. 72, p. 12-19, nov.-dez. 1996.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família: Direito matrimonial*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 38, n. 149, p. 279-295, jan.-mar. 2001.

SCHACTER, Jane S. Skepticism, culture and the gay civil rights debate in a post-civil-rights era. *Harvard Law Review*, n. 110, p. 684-731, 1997.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. Olga. Constitución y parejas de hecho: El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares [Homossexualidade, Orientación sexual]. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 58, p. 45-69, 2000.

SANCHEZ, Julio V. Gavidia. Uniones homosexuales y concepto constitucional del matrimonio. *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 61, p. 11-58, jan.-abr. 2001.

SUANNES, Adauto Alonso S. As uniões homossexuais e a lei n. 9.278/96. *ADV: Advocacia Dinâmica - Seleções Jurídicas*, São Paulo, p. 28-33, out.-nov. 1996. Edição especial.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. União homossexual. Reflexões jurídicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 807, p. 82-102, jan. 2003.

WAGMAISTER, Adriana M.; BEKERMAN, Jorge M. Efectos jurídicos de la pareja homosexual. *ADV: Advocacia Dinâmica - Seleções Jurídicas*, São Paulo, p. 3-5, jun. 2000. Trabalho apresentado na VIII Jornada de Direito de Família.

### c) Teses e dissertações

SILVA, Fernanda Duarte L. L. da. *O princípio da igualdade: realidade ou ficção?* Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas, área de concentração “Teoria do Estado e Direito Constitucional”) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1999a.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de direito: a homossexualidade e o universo jurídico*. Tese (Doutorado em Mestrado em Ciências Jurídicas, área de concentração “Teoria do Estado e Direito Constitucional”) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2003.

d) Documentos em meio eletrônico

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. Disponível em: <<http://www.apa.org/pi/lgbc/publications/enda.html?CFID=2331609&CFTOKEN=79118711>>. Acesso em: 15 set. 2003.

CARVALHO, José Carlos Bento de; DIONÍSIO, Nuno Miguel Nunes. *Goth - O Ultra-Romantismo Juvenil em Lisboa: um estilo de vida alternativo*. Universidade Autónoma de Lisboa. Departamento de Ciências Humanas. Curso de Sociologia. Trabalho de Investigação para a obtenção da Licenciatura em Sociologia. Gestor de Projecto: Alexandre Faria e Silva Lisboa, março de 1999. Disponível em: <<http://web.1asphost.com/jcbc2003/goth%20o%20ultraromantismo.htm>>. Acesso em: 24 ago. 2003.

DORRONSORO, Ignasi Alvarez. La gestion de la diversidad: construccion y neutralización de las diferencias. *Cuadernos Electronicos de Filosofia del Derecho*, n. 0. Disponível em: <<http://www.uv.es/~afd/CEFD/0/Dorron.html>>. Acesso em: 26 fev. 2002.

EISENBERG, Avigail. Diversity and equality: three approaches to cultural and sexual difference. *Constitutionalism Web-Papers*, Con Web n. 1/2001. Disponível em: <<http://les1.man.ac.uk/convweb/>>. Acesso em: 26 fev. 2002.

FERNÁNDEZ, Pedro A. Talavera. El reconocimiento de las uniones homosexuales en la ley de uniones estables de pareja de Catalunya. *Cuadernos Electrónicos de Filosofia del Derecho*, n. 1. Disponível em: <<http://www.uv.es/~afd?CEFD/1/talavera.html>>. Acesso em: 22 nov. 2001.

GRAFF, E. J. Dancing Around Marriage. Disponível em: <<http://www.buddybuddy.com/graff-1.html>>. Acesso em: 19 ago. 2003.

\_\_\_\_\_. *Here Comes The Groom: A conservative case for gay marriage*. Disponível em: <<http://www.andrewsullivan.com/homosexuality.php>>. Acesso em: 19 ago. 2003.

\_\_\_\_\_. *Marriage License: Canada is the latest nation to recognize same-sex marriages. When will the US catch up?* Disponível em: <<http://www.prospect.org/webfeatures/2003/06/graff-e-06-23.html>>. Acesso em: 19 ago. 2003.

\_\_\_\_\_. The Other Marriage War. *The American Prospect*, v. 13, n. 7, April 8, 2002. Disponível em: <<http://www.prospect.org/print/V13/7/graff-e.html>>. Acesso em: 19 ago. 2003.

\_\_\_\_\_. *Wedding March: How the Right's Campaign Against Same-Sex Marriage May Get Derailed In California*. Disponível em: <<http://www.prospect.org/print/V11/8/graff-e.html>>. Acesso em: 19 ago. 2003.

\_\_\_\_\_. *What marriage means*. Disponível em: <[http://www.advocate.com/html/stories/806/806\\_graff.asp](http://www.advocate.com/html/stories/806/806_graff.asp)>. Acesso em: 19 ago. 2003.

GUNTHER, Scott. *La construction de l'identité homosexuelle dans le lois aux États-Unis et em France*. Le seminaire gai. Disponível em: <[http://semgai.free.fr/contenu/these/DEA\\_Gunther.html](http://semgai.free.fr/contenu/these/DEA_Gunther.html)>. Acesso em: 23 maio 2003.

\_\_\_\_\_. *Le Marais: the indifferent ghetto*. *The Harvard Gay and Lesbian Review*, winter 1999. Disponível em: <<http://personal.cmich.edu/gunth1se/marais.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2003.

HOCQUENGHEM, Guy. Revolucionário é o Travesti. *Lampião da esquina*, n. 37, junho de 1981, p. 6-7. Entrevista a Paulo Ottoni. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/~ottonix/LAMPIAOdaesquina.htm>>. Acesso em: 30 maio 2003.

PARTNERSHIP AND PARENTAL RIGHTS: an international perspective. Disponível em: <<http://www.cgil.it/org.diritti/omosess/Rome02.htm>>. Acesso em: 7 ago. 2003.

RECOGNITION OF SAME-SEX RELATIONSHIPS IN EUROPE. FOCUS ON FAMILY (Canadá). Disponível em: <[http://www.fotf.ca/familyfacts/takeaction/European\\_Laws\\_Regarding\\_Same-Sex\\_Relationships.pdf](http://www.fotf.ca/familyfacts/takeaction/European_Laws_Regarding_Same-Sex_Relationships.pdf)>. Acesso em: 7 ago. 2003.

SHULZ, Marianne. *Lesbiennes: les silences du droit*. Le séminaire gai. Disponível em: <[http://semgai.free.fr/contenu/textes/mS\\_lesbiennes.html](http://semgai.free.fr/contenu/textes/mS_lesbiennes.html)>. Acesso em: 14 mar. 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Artigos. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/artigos.html>>. Acesso em: 5 fev. 2002.

VALDÉS, Francisco. Coming out and stepping up: queer legal thory and connectivity. *The National Journal of Sexual Orientation Law*, v. 1, issue 1, 1995. Disponível em: <<http://www.ibiblio.org/gaylaw/issue1/valdes.html>>. Acesso em: 15 maio 2003.



WAALDIJK, Kees. *Major legal consequences of civil marriage, registered partnership and informal cohabitation for different-sex and same-sex partners*. Part 3: England and Wales. January 2003. Disponível em: <[www.emmeijers.nl/waaldijk](http://www.emmeijers.nl/waaldijk)>. Acesso em: 24 set. 2003.

\_\_\_\_\_. *Chronological overview of the main legislative steps in the process of legal recognition of homosexuality in 36 European countries*. Disponível em: <<http://athena.leidenuniv.nl/rechten/meijers/index.php3?m=10&c=128&garb=0.28178801083644894&session=>>>. Acesso em: 14 jun. 2003.

\_\_\_\_\_. *Latest news about same-sex marriage in the Netherlands (and what it implies for foreigners)*. Disponível em: <<http://leidenuniv.nl/rechten/meijers>>. Acesso em: 24 set. 2003.

\_\_\_\_\_. Taking same-sex partnerships seriously: European experiences as British perspectives? Fifth Stonewall Lectures. London, 6 March 2002. *International Family Law*, 2003, p. 84-95. Disponível em: <<http://leidenuniv.nl/rechten/meijers>>. Acesso em: 24 set. 2003.

\_\_\_\_\_. Interview. *The International Lesbian and Gay Law Association and InformaGay* (Itália), Turim, 7 jun. 2002. Disponível em: <[http://www.samesexmarriage.ca/advocacy/turin/KeesWaaldijk\\_2002.htm](http://www.samesexmarriage.ca/advocacy/turin/KeesWaaldijk_2002.htm)>. Acesso em: 23 set. 2003.

WINTEMUTE, Robert. *Partnership and parental rights: an international perspective*. Disponível em: <<http://www.cgil.it/org.diritti/omosess/Rome02.htm>>. Acesso em: 7 ago. 2003.

WOLFF, Tobias Barrington. *Rights For Gay and Lesbian Couples: The Recent Debate Stresses Benefits, With New Lawsuits And Legislation*. Disponível em: <[http://writ.corporate.findlaw.com/commentary/20011206\\_wolff.html](http://writ.corporate.findlaw.com/commentary/20011206_wolff.html)>. Acesso em: 13 set. 2003.

YTTERBERG, Hans. Two steps forward, one step back: Lesbian and Gay Rights Waltzing into the 21st Century. In: *Marriage, partnerships and parenting in the 21st century* (conferência), Torino, Italy, 5-8 June 2002. Disponível em: <<http://www.homo.se/o.o.i.s/1541>>. Acesso em: 7 ago. 2003.



# “UNIÃO ESTÁVEL” NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

**Guilherme Calmon Nogueira da Gama**

Juiz Federal convocado pelo TRF da 2ª Região;

Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ;

Professor Adjunto de Direito Civil da UERJ (Graduação e Pós-Graduação);

Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho (RJ);

Ex-Coordenador-Geral do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da UERJ;

Membro do IBDFAM.

## RESUMO

Tendo como questão recente e bastante atual, em nível de Direito de Família, o surgimento da família não fundada no casamento, ou mais especificamente, o companheirismo - ou “união livre” -, prevista no texto constitucional de 1988 sob a designação de “união estável”, o presente trabalho pretende abordar o companheirismo, no contexto da sua evolução histórica em nível mundial, seu estágio atual - principalmente no Direito brasileiro com advento do novo Código Civil - e, finalmente, cuidar da relação jurídica familiar fundada na “união livre”, quanto aos efeitos pessoais e patrimoniais.

## PALAVRAS-CHAVE

União estável; companheirismo; união livre; família; Direito de Família.

## SUMÁRIO

1. Introdução: A relação jurídica familiar e a “união livre”
2. Origem e evolução histórica
3. Regimes jurídicos do companheirismo
4. O companheirismo: seus contornos
5. Relação jurídica familiar fundada no companheirismo.
6. Conclusão

## 1. Introdução: A relação jurídica familiar e a “união livre”

O Direito de Família, como segmento do Direito Civil, apresenta um tratamento diferenciado às pessoas, comparativamente aos demais campos de conhecimento jurídico-privatísticos, por diversas razões, entre elas a circunstância de ser a família o primeiro ente coletivo no qual a pessoa se insere e deve passar a conviver de maneira

grupais. Exatamente diante de tal peculiaridade, são bastante frequentes os conflitos de interesses entre os familiares, o que exige um regramento normativo que seja adequado a solucioná-los e, por conseguinte, o estabelecimento e desenvolvimento de relações jurídicas familiares nos moldes estruturados pelo ordenamento jurídico, em combinação com a realidade sociológica existente no momento histórico e no contexto geográfico de um determinado agrupamento humano.

Como adverte Pietro PERLINGIERI, a relação jurídica “deve ser colocada ao centro do direito civil...”<sup>1</sup>, pois ela é “a expressão da composição de um conflito de interesses, através da norma jurídica”<sup>2</sup>. O interesse é a posição assumida por uma pessoa relativa à satisfação de uma necessidade humana, mediante a obtenção de um bem. Ao contrário deste, a necessidade humana é ilimitada, motivo pelo qual invariavelmente surge o conflito de interesses, que terá relevância para o Direito quando se verificar entre dois ou mais centros o denominado conflito intersubjetivo de interesses. No núcleo da relação jurídica, “o que é sempre presente é a ligação entre um interesse e um outro, entre uma situação, determinada ou determinável, e uma outra”<sup>3</sup>.

A relação jurídica concebida como a expressão da composição de conflitos apresenta duas faces ou dois interesses contrapostos: o interesse protegido e o interesse subordinado. Como leciona Ricardo LIRA, “a essas duas faces correspondem posições de cada titular em relação ao interesse protegido e ao interesse subordinado. Essas posições são as situações jurídicas: situação jurídica passiva relativa ao interesse subordinado e situação jurídica ativa relativa ao interesse protegido.”<sup>4</sup> É importante notar que, quando se trata de algumas relações jurídicas familiares, como, por exemplo, entre marido e esposa, o conteúdo dos poderes e deveres é o mesmo para ambos os centros de interesse. E, como questão mais recente e bastante atual, em nível de Direito de Família, surge a família não fundada no casamento, ou mais especificamente, o companheirismo - ou “união livre” -, previsto no texto constitucional de 1988 sob a designação de “união estável”, no que foi acompanhado pelo novo Código Civil brasileiro - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

---

<sup>1</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil*. Trad. De Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 113. E complementa: “Na maioria das vezes, a atenção detém-se nas situações individualmente consideradas, independentemente de suas relações, enquanto que seria necessário não se limitar à análise de cada direito e obrigação, mas, sim, examinar as suas correlações”.

<sup>2</sup> LIRA, Ricardo Pereira. *Relação jurídica*, mar. 1999, p. 4. Texto impresso, resultado de trabalho acadêmico apresentado durante o Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, ao ministrar a disciplina Teoria do Direito Civil I, no primeiro semestre de 1999.

<sup>3</sup> PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.* p. 115.

<sup>4</sup> LIRA, Ricardo Pereira. *op. cit.* p. 6. No mesmo sentido, mas com outro enfoque, pode ser lembrada a lição de Pietro PERLINGIERI: “Não se pode distinguir as situações subjetivas - a não ser em termos quantitativos - em ativas e passivas, já que aquelas ditas ativas compreendem também deveres e obrigações e aquelas ditas passivas contêm frequentemente alguns direitos e poderes. A relação não está na ligação entre direito subjetivo, de um lado, e dever ou obrigação, do outro.” (*op. cit.* p. 116).

O papel do ordenamento legal no reconhecimento de relações sociais é fundamental em matéria de relação jurídica. Nas palavras de Orlando GOMES, “as relações intersubjetivas são criadas juridicamente pela norma, ou por esta reconhecidas, neste caso quando se originam de acontecimentos naturais, como o nascimento, a filiação, a morte. Há relações constituídas pela própria lei, como é o caso da relação entre o Fisco e o contribuinte.”<sup>5</sup> No relacionamento entre os companheiros, partícipes de uma família, no período anterior a 1996, de acordo com a normativa brasileira, não havia expressa proteção aos interesses existentes no vínculo informal constituído entre eles, no campo dos efeitos internos daquela família. “Vale notar que a despeito de não previstos expressamente na legislação anterior ao ano de 1996, os deveres entre os companheiros eram originários dos próprios requisitos e características do instituto, sem, no entanto, gozarem de sanção, motivo pelo qual situavam-se basicamente na ordem moral, e não jurídica.”<sup>6</sup> Assim, a indenização por serviços prestados em favor da companheira - quando não se verificava quaisquer dos requisitos da doutrina da sociedade de fato a autorizar o partilhamento de bens - foi objeto de construção pretoriana para, ao reconhecer implicitamente o dever recíproco de assistência material entre os partícipes da união extramatrimonial, o Poder Judiciário fornecer resposta aos anseios da realidade sociológica que se fazia sentir no campo da relação familiar de fato.

Atualmente, é perfeitamente possível afirmar que há relação jurídica familiar entre os companheiros no Direito brasileiro, que, deixando a posição abstencionista sobre o tema, passou a disciplinar o companheirismo, ordenando o conjunto de cláusulas, preceitos, prerrogativas, atribuições, enfim, regulamentando o instituto, como já se exigia há tempos: “a família, por mais livre que seja, e que tenha existência natural, reclama o regramento do complexo de direitos e deveres, que dela nasce, para que, ao lado dos sentimentos próprios da união fática, exista um clima de responsabilidade, indispensável à segurança dos conviventes e de sua prole.”<sup>7</sup> Hodiernamente, como se verifica na família matrimonial, a família extramatrimonial constituída entre os companheiros também mantém efeitos que repercutem tão-somente na esfera da vida pessoal do casal, sem qualquer conotação econômico-patrimonial, gerando direitos e deveres de família puros, enquanto outros se refletem no campo patrimonial, estabelecendo situações jurídicas passivas para um deles relativamente ao interesse subordinado, naquele momento,

---

<sup>5</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 94-95.

<sup>6</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 226.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. Concubinato, companheiros: novos rumos. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 74.



em contraposição às situações jurídicas ativas do outro companheiro relativamente ao interesse protegido pelo ordenamento jurídico. Tal assertiva se confirma pela previsão contida nos arts. 1.724 e 1.725 do novo Código Civil, cuidando, respectivamente, de efeitos pessoais e patrimoniais do companheirismo.

Em linhas gerais, o trabalho pretende abordar o companheirismo, no contexto da sua evolução histórica em nível mundial, seu estágio atual - principalmente no Direito brasileiro com o advento do novo Código Civil - e, finalmente, cuidar da relação jurídica familiar fundada na “união livre”, quanto aos efeitos pessoais e patrimoniais. Evidentemente, no caso brasileiro, toda a abordagem necessariamente passa pela interpretação da regulamentação legislativa existente, nos dias atuais, tendo como ápice da pirâmide normativa a Constituição Federal.

## 2. Origem e evolução histórica

O companheirismo remonta a milênios, e não se trata de realidade recente na civilização humana. Ronaldo FRIGINI<sup>8</sup> aponta que, mesmo no regime da poligamia dos casados, era freqüente a existência de concubinas na vida dos homens, além de suas esposas. Bertrand RUSSEL<sup>9</sup> comenta acerca da praxe existente entre os povos antigos, do *defloramento oficial das virgens* pelos sacerdotes, como fator instintivo do perfil da família naquela época, naquela sociedade. Adahyl Lourenço DIAS<sup>10</sup> lembra que era costume de alguns povos antigos a prática que consistia em o dono da casa fornecer aos seus visitantes *hospedagem, leito e mesa*, entregando-lhes as próprias mulheres.

Na Babilônia, havia devassidão de costumes, com a crença do babilônico de que as várias modalidades de *apetites sexuais* estimulavam o espírito artístico, o desenvolvimento da produção, o aumento da prole necessária ao combate, pelos exércitos, e o cultivo da inteligência. Adahyl DIAS<sup>11</sup> ressalta que Salomão chegou a se casar com 700 mulheres, todas de boa condição familiar, e que possuía, além delas, mais 300 concubinas, informando que os hebreus colocavam a esposa legítima em plano superior à meretriz, enquanto que a concubina se localizava em plano intermediário, ou seja, ficava entre a esposa e a meretriz. Há ainda registros históricos de que, entre os persas, hindus e chineses, as uniões concubinárias também eram admitidas.

---

<sup>8</sup> FRIGINI, Ronaldo. O concubinato e a nova ordem constitucional. *Revista dos Tribunais*, n. 686, p. 56, dez. 1992.

<sup>9</sup> Apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 9, abr./jun. 1999.

<sup>10</sup> DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 13.

<sup>11</sup> *Ibid.* p. 16.

Na Grécia Antiga, o concubinato também se verificava e era admitido no sistema poligâmico que envolvia os homens casados. Pouco depois, Licurgo, conhecido como rei-legista, e, mais adiante, Sólon instituíram a monogamia, época em que as concubinas passaram a formar uma classe à parte. A História noticia a presença de célebres concubinas na cultura dos gregos. Aspásia ensinou retórica, em aulas próprias, a um grande número de alunos e, por ser considerada estrangeira - era de Mileto -, não pôde casar-se com Péricles e, desse modo, viveram em concubinato. Antes, no entanto, a mesma Aspásia já houvera se amasiado a Sócrates e, com a morte dele, fora concubina de Alcebiades. No Egito, do mesmo modo, há registros a respeito de relações concubinárias, inclusive de forma generalizada a partir da influência grega, e, principalmente com a chegada das cortesãs da Grécia.

Na Roma Antiga, diante da influência dos hábitos babilônicos, havia um sistema muito parecido com aquele existente na Babilônia. Quatro formas de união entre pessoas de sexos diferentes eram admitidas em Roma: a) o casamento normal dos romanos, decorrente do *jus civile*, denominado *justae nuptiae*; b) o casamento entre estrangeiros, decorrente do *jus gentium*, conhecido como *sine connubio*; c) a união de fato entre os escravos, conhecida como *contubernium*; d) a união livre, ou seja, o *concubinatus*, a união constituída sem o *consensus nuptialis*. O *concubinatus* representava a comunidade mútua de vida entre os partícipes da união, mas a concubina não possuía a condição de mulher legítima de seu companheiro tampouco ocupava a posição social deste, estando privada da *honor matrimonii*. O concubinato não era reconhecido como instituto jurídico, mas o *concubinatus* e a concubina passaram a ser aceitos em sentido honesto, distinguindo-se das ligações transitórias, efêmeras. O concubinato começou a ser regulado, em Roma, a partir do Imperador Otávio Augusto, que procurou delimitar os contornos da união para pôr ordem na sociedade, diferenciando a “união livre” de outras uniões extramatrimoniais. Nas palavras de Gustavo BOSSERT, “el concubinato, bajo Augusto, adquirió la condición de estado legal”<sup>12</sup>.

O trabalho legislativo a respeito das “uniões livres” prosseguiu com outros imperadores romanos, especialmente Constantino e Justiniano. De acordo com o tratamento à época, alguns requisitos eram indispensáveis: convivência duradoura entre homem e mulher, ambos púberes, sem vínculo de parentesco, de forma livre, não sendo possível o casamento por força de impedimentos baseados em diferenças de caráter social ou político. Fundamentalmente, o concubinato não podia decorrer de *incestum*, *adulterium* ou *stuprum*. BOSSERT aponta que somente podia ser tomada como concubina

---

<sup>12</sup> BOSSERT, Gustavo A. *Régimen jurídico del concubinato*. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 1997. p. 9.

uma mulher de baixa honradez, assim consideradas as atrizes, mulheres independentes, prostitutas, as surpreendidas em adultério ou as nativas<sup>13</sup>. Havia tamanha preocupação com tal questão que se uma mulher *honesta e virgem* consentisse em ser concubina, o enlace deveria ser realizado por meio formal, sob pena de a união ser considerada ilícita sob a modalidade de *stuprum* e, com a constituição do concubinato, ela perdia a sua posição na sociedade e o título de *mater familiae*, que representava sinal de distinção e honra para a mulher romana.

Atribuía-se grande importância ao concubinato em matéria de filiação, pois a prole resultante de “união livre” era composta de filhos naturais, e não de filhos espúrios, como eram os filhos resultantes de outras uniões extramatrimoniais. Efeitos pessoais e patrimoniais entre os concubinos passaram a ser estabelecidos, inclusive com limitada atribuição de direito à concubina de participar da sucessão do seu consorte. As diferenças entre o concubinato e o casamento consistiam, sucintamente, na desnecessidade de cumprimento de qualquer formalidade para a formação e manutenção da união entre os companheiros, na caracterização de tal união após coabitação única - monogâmica - e notória, e na ausência da *affectio maritalis*.

O Direito canônico sempre contemplou o companheirismo. Desde o início de sua elaboração, lembra Gustavo BOSSERT<sup>14</sup>, reconheceu a realidade sociológica das uniões fundadas no companheirismo, preocupando-se em regulá-las, atribuindo-lhes efeitos, principalmente para assegurar a monogamia e a estabilidade da relação do casal. Há uma passagem histórica que noticia que Santo Agostinho aceitava que se concedesse o batismo à mulher que vivia em concubinato, desde que ela se comprometesse a não abandonar o seu concubino, doutrina que passou a ser observada pelos eclesiásticos. No ano 400 d.C., o Concílio de Toledo expressamente admitiu a união monogâmica de um homem e sua concubina, desde que com caráter de perpetuidade e que o homem não fosse casado, reconhecendo, portanto, além das uniões matrimoniais, as uniões extramatrimoniais monogâmicas. Em 528 d.C., o Concílio de Orléans estatuiu que era bigamo quem tinha duas mulheres, sem distingui-las entre esposas e concubinas. Naquela primeira época, o Direito canônico aceitava o matrimônio clandestino ou presumido, ou seja, a união do homem e da mulher que, sozinhos, convencionavam se tomar por marido e mulher, sendo os próprios contraentes os ministros da celebração.

---

<sup>13</sup> Nas palavras do jurista argentino, “así como en las provincias, el gobernador enviado por Roma, a una mujer del lugar sólo podía tomarla como concubina y no como esposa” (Ibid. p. 9-10).

<sup>14</sup> Ibid. p. 12.

Com o decorrer do tempo, constatou-se certo depauperamento moral da Igreja Católica, diante do crescimento do número de uniões espúrias em conventos, a ponto de, em 1049 d.C., durante o Concílio de Reims, ter sido realizado discurso condenatório dos hábitos lascivos de padres e leigos, com a conseqüente proibição de ingresso de mulheres nos conventos, e a adoção de maior rigor no celibato eclesiástico<sup>15</sup>. No fim do século XV, o poder material da Igreja Católica inicia o processo de debilitação, mormente com a renovação na estrutura cultural diante do Renascimento, mas também, e principalmente, com as transformações que culminaram com a Reforma. “Surge entonces del seno da la Iglesia, como reacción y defensa, el movimiento de la Contrarreforma; fueron muchas las medidas adoptadas a fin de preservar y fortalecer el poder de la Iglesia...”<sup>16</sup>. Entre as providências tomadas com tal finalidade avultam as medidas adotadas em 1563 pelo Concílio de Trento. De forma bem resumida, podem ser indicadas as seguintes medidas: a) proibição do matrimônio presumido; b) estabelecimento de a obrigatoriedade do matrimônio somente poder ser contraído perante um pároco, em cerimônia pública, com duas testemunhas; c) criação dos registros paroquiais, que passaram a conter os assentos dos matrimônios, controlados pelas autoridades eclesiásticas da paróquia; d) proibição do concubinato, cominando penas severas contra os concubinos, tais como a excomunhão e a qualificação de hereges.

BOSSERT<sup>17</sup> lembra que, depois do século XVI, a política repressiva da Igreja Católica era tamanha que passou-se a autorizar o emprego da força pública para rompimento das uniões extramatrimoniais. E, obviamente, Portugal e Espanha sofreram forte influência do Direito canônico em suas ordenações sobre o tema. Nas Ordenações del Rei Dom Duarte<sup>18</sup>, reconheceu-se a existência de uniões livres, chamando a concubina de *barregã*, prevendo a igualdade dos filhos na sucessão hereditária, punição para o adultério de fato - deslealdade entre os companheiros -, e a proibição de doação de bens, pelo homem casado, à sua concubina, na tutela do sistema monogâmico. Com as Ordenações Afonsinas (1446), em algumas passagens há referência ao concubinato impuro ou envolvendo clérigos, com a inserção de sanções; assim, por exemplo, as concubinas dos padres e demais clérigos do reino sofreriam penas pecuniárias, de açoite, ou mesmo

---

<sup>15</sup> Com informações detalhadas acerca de tal momento histórico, deve ser conferida a abordagem feita por DIAS, Adahyl Lourenço. op. cit. p. 30-31.

<sup>16</sup> BOSSERT, Gustavo A. op. cit. p. 13.

<sup>17</sup> Ibid. p. 14.

<sup>18</sup> Trata-se da reunião de vários textos, determinada pelo Rei Dom Duarte (século XV), para dar continuidade ao trabalho legislativo de seus predecessores, como narra PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. *União estável no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 34.

de morte, em caso de reincidência; o homem casado não poderia doar ou vender bens à concubina - querela de doação inoficiosa legada pelas Ordenações - nem dispor, em última vontade por testamento, para beneficiá-la. Apesar da tolerância quanto à “união estável”, era vedada a qualquer homem a manutenção de concubina na corte, no período em que vigoraram as Ordenações Afonsinas. Praticamente as mesmas disposições se repetiram nas Ordenações Manuelinas (1521) e nas Ordenações Filipinas (1603), sendo que, nestas, as referências ao concubinato, quase que integralmente, somente aparecem no Livro V, que trata dos crimes e das respectivas penas<sup>19</sup>.

As Ordenações, cuidando do concubinato em muitos dispositivos, traçavam diferença entre o comércio carnal e concubinato. Mancebia, barreguice ou concubinato era a ligação de uma mulher, vivendo em fama de marido e mulher, com mesa e leito comuns, por sendo havidos por toda a vizinhança e vila [...] e entre ajuntamento, simples cópula e mancebia<sup>20</sup>.

Também na França, houve influência do Direito canônico. Em 1604, o Código Michaud dispunha acerca da invalidade das doações entre concubinos, negando eficácia à união concubinária. “Condamné par le droit canon, le concubinage, pourvu qu’il ne se complique pas d’adultère qui était alors um délit pénal, a été délibérément ignoré par le Code Civil.”<sup>21</sup> O Código Napoleão ignorou, por completo, a “união livre”, abstando-se de regular quaisquer efeitos que tal união poderia produzir ante a certos conflitos de interesses, adotando, pois, a linha abstencionista nesta matéria, o que influenciou grande parte da codificação civilista ocidental. Assim, na França a jurisprudência teve de realizar, durante o século XIX, lenta e paulatina elaboração pretoriana para solucionar os casos concretos que se apresentavam. Como acentua Gustavo BOSSERT<sup>22</sup>, com a lei francesa de 16 de novembro de 1912, estabeleceu-se como fato gerador do vínculo de filiação o concubinato notório, iniciando-se uma série de debates sobre a questão.

O casamento, tal como concebido atualmente como instituição de preocupação estatal, “é fruto da Revolução Francesa, mas se origina, sem dúvida, do movimento religioso da Reforma luterana, que jamais aceitou a regulamentação do casamento pela

---

<sup>19</sup> Com relato pormenorizado a respeito da evolução do tratamento do concubinato nas Ordenações, remeto o leitor à obra de Francisco PIZZOLANTE, nos capítulos 5 a 9, p. 34-50, passim.

<sup>20</sup> DIAS, Adahyl Lourenço. op. cit. p. 46.

<sup>21</sup> BÉNABENT, Alain. *Droit civil: la famille*. 9. ème. Paris: LITEC, 1998. p. 29.

<sup>22</sup> BOSSERT, Gustavo A., op. cit. p. 14. Alain BÉNABENT acentua que legislações especiais passaram a levar em conta o companheirismo na França: “Plus récemment, um certain nombre de législations particulières ont pris em compte le concubinage, non pas seulement d’ailleurs pour em déduire des droits au profit des concubins, mais également des charges” (op. cit., p. 29).



Igreja católica, entendendo ser esta matéria de direito público, ou seja, da competência do Estado.”<sup>23</sup> E Napoleão Bonaparte, através do Code Civil de 1804, atribuiu características à estrutura familiar legal, com conotação hierarquizada, ao redor do seu chefe, seguindo o modelo patriarcal, autoritário e centralizador, retirando do modelo legal qualquer outra forma de agrupamento familiar que não o constituído através do casamento civil. O companheirismo, em um primeiro momento, foi desconhecido do legislador francês, pois, nas palavras de Napoleão, “la société n’a pas d’intérêt a le reconnaître”. Assim, nas precisas lições de Eduardo LEITE, “a partir da interferência estatal na esfera familiar, até então caracterizada pela predominância do particular sobre o público, a formação da família passou a ser determinada por elementos predominantemente legais. Assim, a família legítima é constituída por homem e mulher, livres e desimpedidos, que declaram solenemente sua vontade diante da lei”.<sup>24</sup> Trata-se, pois, de exemplo típico de que a relação de fato somente pode ser reconhecida como relação jurídica de acordo com os valores históricos e locais que passaram a predominar em determinado grupo, sob a imposição do poder político. Restou claro, nesse particular, que, apesar das divergências entre o Estado e a Igreja Católica, havia unanimidade em desqualificar o companheirismo de qualquer componente jurídico, embora existente como realidade sociológica.

### 3. Regimes jurídicos do companheirismo

Gustavo BOSSERT comenta que, em razão da segurança, da ordem e da maior estabilidade que o Estado confere aos matrimônios formalmente constituídos, abstraindo-se de qualquer consideração de índole ética e religiosa, a opinião majoritária entre os juristas “considera que la relación concubinaria implica un valor negativo, desde el punto de vista ético para unos, religioso para otros, o en el campo del orden social”<sup>25</sup>, e, de acordo com tal visão, surgem diversas concepções a respeito da forma como o Direito deve encarar a realidade fática do companheirismo que se verifica na sociedade. Assim, apontam-se as posições abstencionista, sancionadora e reguladora.

Seguindo a linha abstencionista, qual seja, a omissão legislativa sobre o companheirismo, a falta de sua regulamentação, é paradigmático o Código Civil francês, conhecido como o Código Napoleão, que exerceu forte influência sobre as codificações

---

<sup>23</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. In: PINTO, Teresa A. A. (Coord.) *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 94.

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 95.

<sup>25</sup> BOSSERT, Gustavo, *op. cit.* p. 17.

das nações ocidentais do século XIX, e, mesmo início do século XX, incluindo o Brasil e a Argentina<sup>26</sup>. Para os adeptos de tal concepção, a melhor forma de *combater* a “união livre” é negar-lhe qualquer efeito jurídico, ignorando-a legislativamente.

De acordo com a posição sancionadora, a lei deve intervir para prejudicar os concubinos, criando restrições e obrigações, como formas de combater as uniões concubinárias. Dentro de tal contexto, é indicada a posição histórica adotada pelo Direito canônico, como o Concílio de Trento, que chegou a prever o uso da força para separar os concubinos. E, finalmente, a posição reguladora considera que a realidade social impõe a regulamentação legal do companheirismo para resolver os conflitos de interesses que tal união produz, juridicizando-o. Como esclarece Gustavo BOSSERT,<sup>27</sup> tal orientação não parte de uma idéia desfavorável ou de menosprezo ao casamento, por isso não é possível a equiparação, através de seus efeitos, da “união livre” ao matrimônio formalmente celebrado.

De acordo com o jurista argentino, ao comentar a posição legislativa adotada em seu país, seguir a linha abstencionista consiste em uma ficção, uma aparência, já que a realidade é que o Direito, através de outras formas sem ser a legislação, reconhece e fornece efeitos jurídicos para as questões que se apresentam envolvendo os companheiros: “aunque la ley se abstenga de prever y resolver las consecuencias que el concubinato - directa o indirectamente - implica, el derecho, a través de los jueces, recoge y da salida jurídica a la cuestión”<sup>28</sup>.

Vários países latino-americanos passaram a contemplar, na ordem legislativa, a “união livre” para atender às necessidades da própria sociedade, diante do alto percentual de uniões de fato, tendo sido, em alguns casos, o tratamento alçado em nível constitucional. Na Guatemala, por exemplo, foi estabelecida uma total equiparação no que pertine aos efeitos da união de fato - desde que registrada -, com o matrimônio formalmente celebrado<sup>29</sup>. O artigo 43 da Constituição da República cubana, de 1940, estabelece a mesma equiparação, desde que um tribunal reconheça a união de fato. Em Honduras, o artigo 101 do texto constitucional, também prevê a equiparação, deixando que a legislação infraconstitucional regule a matéria. Na Constituição boliviana, no artigo 31, há a previsão do prazo mínimo de dois anos de vida em comum, ao passo que

---

<sup>26</sup> Sobre o tema, no Direito argentino, veja o comentário de BOSSERT: “La total abstención que adoptó VÉLEZ SANSFIELD en el Código Civil, fue sobrepasada por la fuerza de la realidad, y en diversos aspectos, normas específicas tuvieron que regular efectos parciales del concubinato” (Ibid. p. 18).

<sup>27</sup> Ibid. p. 20.

<sup>28</sup> Ibid. p. 21.

<sup>29</sup> Nas palavras de BOSSERT, ao comentar sobre o regime existente na Guatemala, “el art. 182 establece que la unión de hecho inscripta en el Registro Civil producirá ‘la sujeción del hombre y la mujer a los derechos y obligaciones de los cónyuges durante el matrimonio’ (Ibid. p. 25).

o artigo 56 da Constituição panamenha reconhece a união de fato, desde que o convívio seja de, no mínimo, dez anos.

No Brasil, surge a discussão acerca da conveniência do tratamento legal sobre o companheirismo, mormente diante do texto constitucional de 1988. Relativamente ao tema, há aqueles que refutam qualquer interferência estatal nos reflexos intrínsecos das uniões companheiris, porquanto, fundadas na informalidade e na liberdade, tais uniões se formaram exatamente para fugirem dos rígidos comandos legais das uniões matrimoniais. O império da autonomia da vontade, sem qualquer interferência estatal, é que deve nortear os efeitos jurídicos do instituto, diferentemente do casamento, na visão dos adeptos de tal orientação. O mestre João Baptista VILLELA assume posição contrária a qualquer tentativa de regulamentação do instituto:

O concubinato, na modalidade que a Constituição de 1988 veio a designar por ‘união estável’, deixou de ser um refúgio obrigatório dos que, malsucedidos em uma experiência conjugal, quisessem reencetá-la com outrem, para ser uma espécie de casamento alternativo. Um casamento para quem não desejasse submeter-se às regras de ordem pública a que está sujeito o matrimônio legal<sup>30</sup>.

Seguindo a mesma diretriz, Rodrigo da Cunha PEREIRA complementa:

O concubinato é um instituto em que os sujeitos desejam um espaço onde possam criar as regras de convivência; registre-se, então, e podemos perceber a razão, que todas as tentativas de regulamentação do concubinato culminaram em vão, pois esbarram na contradição de que sua essência, seu cerne, é exatamente não querer intervenção do Estado<sup>31</sup>.

Apesar de fundamentar sua conclusão com outros argumentos, Carlos Alberto BITTAR também concorda em negar qualquer tratamento normativo acerca dos companheiros nas suas relações internas:

---

<sup>30</sup> VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 7, p. 119, 1ª quinzena abr. 1995. E, ao comentar a Lei nº 8.971/94, o mesmo autor assevera que a faculdade de autodefinição dos efeitos internos da família sofre restrição, com sacrifício da cidadania, em uma implícita alusão à infringência do postulado constitucional da liberdade. Tal posição também foi recentemente assumida por HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. op. cit. p. 15.

<sup>31</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 53-54. Em obra mais recente, Rodrigo da Cunha Pereira adota posição intermediária, ao esclarecer que “não se podem manter os companheiros totalmente à parte ou excluídos da ordem jurídica, mas uma regulamentação excessiva também não se coaduna com a essência do instituto” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*. V. XX. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9).

A união concubinária relaciona-se à postura de liberdade absoluta e egoística que alguns assumem, porque o par pode ser desfeito e refeito a qualquer tempo, e sem qualquer obstáculo da legislação estatal própria. [...] As partes afastam-se, deliberadamente, do direito estatal, parecendo-nos, no fundo, que a própria submissão de questões à Justiça estatal se afigura, antes de tudo, como incoerente<sup>32</sup>.

Do lado oposto, há os que sustentam que deva existir uma completa regulamentação estatal acerca dos aspectos que devem reger as relações entre os companheiros. Nos termos de tal orientação, o tratamento legislativo não é apenas conveniente, mas indispensável, não somente para fixar os contornos do instituto como também para cuidar dos reflexos internos do companheirismo. Os professores Hans GELLER e Miguel BORGHEZAN, por exemplo, sustentam que o tratamento normativo sobre os efeitos que o companheirismo produz deve ser idêntico ao tratamento legislativo no que pertine aos casados, inclusive para efeito de direitos não-patrimoniais<sup>33</sup>. Eduardo de Oliveira LEITE<sup>34</sup> realça um aspecto determinante no Direito de Família norte-americano, a saber, a tensão existente entre o interesse do Estado, a autonomia familiar e os interesses decorrentes de cada um dos membros da família, informando que lá é possível se verificar a existência de princípio geral de não-intervenção do Estado nos conflitos familiares, somente excepcionado na eventualidade da dissolução da família ou quando há risco aos demais membros diante da conduta ilícita de um deles.

Luiz Edson FACHIN se posiciona a respeito do tema: “Elitista e equivocada a crítica segundo a qual a nova legislação é exageradamente concessiva. Deixar ao sabor destas circunstâncias a regulação destas relações é sustentar que prevaleça a opressão do mais forte (econômica e culturalmente) sobre o mais fraco”<sup>35</sup>. No mesmo sentido, pode ser citada a orientação de Antônio Carlos Mathias COLTRO:

Especialmente num tema que tem a ver basicamente com o mútuo interesse entre duas pessoas, de diferentes sexos, dispostas a levar avante ideal de vida em comum, com os mesmos objetivos e dirigidos tanto à procriação [...] como à consecução de fins que guardem

<sup>32</sup> BITTAR, Carlos Alberto. O sistema constitucional de família. *Revista do Instituto dos Magistrados do Brasil*, n. 6, ano 2, p. 14, jan.-mar. 1997.

<sup>33</sup> GELLER, Rodolfo Hans; BORGHEZAN, Miguel. A união estável e os direitos não-patrimoniais. *Revista Logos Veritas*. Santarém, Pará, n. 2, p. 73, 1998. Os autores cuidadosamente relacionaram doze direitos não-patrimoniais, expressamente tratados no Código Civil tendo como fato gerador o casamento, para fundamentar a conclusão quanto à ausência de elemento de discriminação razoável para excluir os companheiros da titularidade de tais direitos (p. 71).

<sup>34</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 30.

<sup>35</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 67. E, o mesmo autor complementa: “É do Estado brasileiro assumido pela Constituição de 1998 (rectius: 1988) essa dimensão protetora, não mais contemplativa. O Estado tutela essas relações no sentido em que as reconhece, e delas emergem efeitos jurídicos.”

comunhão no tocante aos envolvidos, não poderia deixar a lei, como não deixou nossa jurisprudência, de oferecer a proteção necessária às conseqüências resultantes de tal resolução de vida, [...]”<sup>36</sup>.

A questão se mostra bastante atual, diante das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, bem como especialmente do novo Código Civil, que introduziram vários efeitos jurídicos internos na relação mantida entre os companheiros. Em outra ocasião, já pude manifestar minha posição a respeito do assunto:

A situação dos hipossuficientes, não somente em termos econômico-financeiros, mas também no campo afetivo, sentimental, evidencia a necessidade de se buscar um regramento normativo, assegurado do mínimo existencial, indispensável para a manutenção da dignidade daqueles que mantiveram relações duradouras, contínuas, sólidas, embasadas em sentimentos nobres recíprocos, gerando uma autêntica família. O campo da autonomia da vontade individual deve sofrer limitações no trato das questões envolvendo os hipossuficientes, mormente em Direito de Família<sup>37</sup>.

Não é possível que o universo de interesses em assunto de natureza familiar seja tratado de maneira individualista, deixando ao alvedrio dos interessados a auto-regulamentação dos efeitos que a união extramatrimonial mantida entre eles possa produzir. A experiência brasileira é ilustrativa sobre o tema: as causas fundadas em litígios envolvendo companheiros datam de muito tempo, restando evidenciado que a propalada *autonomia da vontade*, durante a convivência, ceda ao sentimento de afeição, ao desejo de permanecer no convívio com a pessoa amada, permitindo, assim, que qualquer exigência ou restrição aos interesses do outro, por mais odiosa ou injusta que seja, venha a ser acatada. Diferentemente de uma relação contratual, a relação familiar não envolve

---

<sup>36</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A união estável no direito projetado - o Código Civil. In: WAMBIER, Teresa A. A. e Eduardo de Oliveira Leite. (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 29-30. Em trabalho exemplar, EDUARDO CAMBI também se mostra adepto da regulamentação legislativa sobre o companheirismo: “[...] o pronunciamento legislativo constitui instrumento de indiscutível valia na medida em que fornece, aos operadores jurídicos e à sociedade como um todo, elementos à compreensão da realidade social, [...]. Ademais, a liberdade sem limites é perigosa, pois serve para escravizar o mais fraco. A liberdade deve ser acompanhada da responsabilidade” (CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família. In: WAMBIER, Teresa A. A. e Eduardo de Oliveira Leite. (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 139).

<sup>37</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo*: ... p. 473. A jurisprudência brasileira é rica e bastante ilustrativa sobre o tema, inclusive quanto à construção da doutrina da sociedade de fato, e da indenização por serviços prestados.

o contexto de duas pessoas estranhas que há pouco se conheceram e resolveram conven-  
cionar os efeitos jurídicos de um contrato. O afeto, o desejo de vida em comum, enfim,  
os sentimentos ganham proporções infinitamente superiores ao mundo material, motivo  
pelo qual nem sempre há a devida preocupação na obtenção de tutela jurídica quanto  
aos reflexos pessoais - e, porque não, também patrimoniais - decorrentes da união.

Família, liberdade e segurança são valores que não se excluem. É indispensá-  
vel a existência de regramento normativo, assegurador do mínimo existencial, necessário  
para preservar a dignidade daqueles que mantiveram relações duradouras, contínuas,  
sólidas, baseadas no afeto e geraram uma autêntica família. “Família e responsabilidade  
são institutos que marcham lado a lado, não estando dissociados do âmbito das relações  
internas da espécie de família e, assim, dentro de certos limites, é restrita a autonomia  
de vontade dos partícipes da relação no que diz respeito a certos reflexos”<sup>38</sup>.

A liberdade sem limites é ameaçadora e injusta, pois possibilita a imposi-  
ção da vontade unilateral do mais forte sobre o mais fraco, gerando, portanto, efeitos  
jurídicos autoritários, contrariando um dos objetivos da República brasileira, qual seja,  
a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por este motivo, a precisa adver-  
tência de Eduardo CAMBI:

Como a liberdade sem limites pode escravizar e o amor pode acabar,  
virando ódio, frustração, rancor, e tornar-se até violento, o Estado  
deve intervir, ao menos, para tutelar a dignidade do ser humano com  
a finalidade de que não seja vítima da submissão, do poder do mais  
forte (econômica, física ou emocionalmente) da relação afetiva<sup>39</sup>.

#### 4. O companheirismo: seus contornos

Alguns fenômenos, em nível mundial, têm se verificado na família, de ma-  
neira geral. Entre eles, pode-se apontar a tendência da repersonalização do Direito de  
Família, combinada com a sua despatrimonialização, que representa a valorização dos  
interesses existenciais da pessoa humana (o ser) em detrimento dos interesses patrimoniais  
ou daquilo que ela possui (o ter). O Direito de Família deve girar fundamentalmente em  
torno dos reflexos humanos, pessoais, solidaristas ligados à esfera afetiva, espiritual e  
psicológica dos integrantes do grupo familiar. A família, assim, passa a exercer função  
 eminentemente serviente aos seus partícipes, no sentido de buscar garantir a dignidade

---

<sup>38</sup> Ibid. p. 473.

<sup>39</sup> CAMBI, Eduardo. op. cit. p. 140.

de todos, fundamentada no perfil consensual, democrático e na *affectio* constante e espontânea. A família modelada pelo legislador de 1916, chamada por Orlando GOMES de *família aristocrática*, segue o paradigma autoritário, hierarquizado e transpessoal do poder marital e do pátrio poder, em que os valores mais relevantes representam os interesses patrimoniais, em detrimento dos interesses existenciais. A proteção econômica da propriedade e de outros bens patrimoniais era o eixo do Direito Civil brasileiro, seguindo paradigma de outras nações ocidentais.

No entanto, o modelo legal civilista de família ficou tão distante da realidade sociológica e, concomitantemente, da evolução da própria sociedade no que toca aos novos valores jurídicos, que se fez necessário o redirecionamento e a formulação de um novo tratamento sobre o tema. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 representa um marco na evolução do Direito de Família no Brasil, não apenas em matéria de “uniões livres”, mas em todos os seus setores da estrutura familiar. “Não é mais o indivíduo que existe para a família, mas a família e suas formas de constituição que existem para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, em busca de sua aspiração de felicidade”<sup>40</sup>. A família nuclear deixou de ter como fonte única e exclusiva o casamento, já que atualmente também o companheirismo e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos também constituem uma autêntica família, no modelo constitucional.

Como leciona Gustavo TEPEDINO, ao tratar da repercussão que o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana acarreta na regra da proteção estatal à família: “é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social”<sup>41</sup>. O texto constitucional de 1988 deixa evidenciado que doravante o companheirismo constitui uma autêntica família, também para o Direito, por isso a migração da relação jurídica mantida entre os companheiros, do Direito das Obrigações para o Direito de Família. Ou seja, a relação jurídica entre os dois centros de interesse representados pelos companheiros tem a natureza de relação jurídica familiar, conforme reconhecido expressamente no Título III do Livro IV da Parte Especial do novo Código Civil, ao tratar da “união estável”.

No entanto, nas palavras de Francisco José CAHALI, “a Carta não traz qualquer indicação sobre as relações intrínsecas entre os partícipes da união estável, limitando-se a cuidar da irradiação dos seus efeitos perante o Estado e a sociedade, uma vez caracterizada

---

<sup>40</sup> Ibid. p. 133.

<sup>41</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 326.

a entidade familiar.”<sup>42</sup> De maneira implícita, o texto constitucional adotou postura nítida quanto à prevalência do casamento sobre o companheirismo, sob o aspecto das relações intrínsecas no contexto familiar, pois do contrário não haveria estímulo à conversão prevista na Constituição Federal. Como já comentei: “A Constituição Federal fez uma opção clara: o casamento ainda é (e, diga-se, *en passant*, com razão) a espécie de família hierarquicamente superior às demais quanto à outorga de vantagens para os partícipes, em suas relações internas (efeitos intrínsecos da união matrimonial) [...]”<sup>43</sup>.

O ponto crucial para a perfeita compreensão de todo o universo principiológico introduzido pela Constituição de 1988 no Direito de Família se revela na combinação dos princípios constitucionais da proteção estatal à família, da isonomia dos filhos e do pluralismo dos modelos familiares, com o fundamento da dignidade da pessoa humana da República brasileira. As relações familiares, independentemente do modelo de família, são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe, razão pela qual a efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumpram o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana encontra na família o lugar adequado para o seu nascedouro e aperfeiçoamento, motivo pelo qual o próprio texto constitucional determina ao Estado que dê especial proteção à família não como instituição, mas como instrumento indispensável para o alcance do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana: “A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contradição aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade da pessoa humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a pertencem”<sup>44</sup>.

No que pertine à proteção que o Estado deve à família, a norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo que tal tutela independe da origem e espécie de entidade familiar constituída e mantida. Logo, “nas relações externas à união, ou seja, aquelas mantidas entre um dos companheiros e o Estado, ou um dos companheiros e outro indivíduo (que não o outro companheiro), é mister a atuação (positiva ou negativa) do Poder Público no sentido de dar proteção à família”<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 34. Mais adiante, o mesmo autor comentou: “[...] a esfera jurídica de direito material dos conviventes entre si não foi, nem caberia ser, atingida pela Constituição, sendo imprescindível, para tanto, legislação infraconstitucional, pois a ninguém pode ser imposta obrigação, em contrapartida aos direitos do outro, senão em virtude de lei, até mesmo por força do art. 5º, II, da Carta.”

<sup>43</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 64.

<sup>44</sup> PERLINGIERI, Pietro, op. cit. p. 243-244.

<sup>45</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no direito penal*. p. 215. E, assim, “se porventura tal atuação já existe no campo legislativo, formalmente referindo-se tão-somente aos casados, é mister o emprego do processo analógico para estender o preceito legal aos companheiros, com a nítida observância do comando constitucional de proteger a família informal” (p. 215-216).



No aspecto dos efeitos internos, para que se dê cumprimento ao comando constitucional de prevalência do casamento sobre o companheirismo, deve ser nítido o limite objetivo do tratamento legal acerca do tema: as normas jurídicas não podem atribuir aos companheiros mais direitos e vantagens do que em relação aos casados, sob pena de se desestimular a constituição de família matrimonial, não apenas *ab initio* como também por força de conversão da união extramatrimonial em casamento. Vale observar que a Constituição Federal não estimula a proliferação de uniões extramatrimoniais, porquanto o ideal de família ainda é aquela vinculada formalmente, com a publicidade inerente ao processo anterior à própria celebração, e durante a manutenção do vínculo. O estímulo, expresso no texto constitucional, dá-se quanto à constituição de famílias matrimoniais, originariamente ou por força de conversão. A previsão constitucional a respeito do companheirismo, de certo modo, apresenta fundamento semelhante à previsão do divórcio na Carta Política. Não há estímulo ao aumento do número de divórcios ou de “uniões estáveis”, mas sim reconhecimento de realidades fáticas (a presença ou a cessação de um projeto familiar em comum) para a resolução das questões decorrentes, sempre sob a inspiração do fundamento da dignidade da pessoa humana, priorizando as situações existenciais em detrimento das situações patrimoniais.

De maneira bem sucinta: o casamento é estimulado pela Constituição Federal, ao passo que o companheirismo é reconhecido no próprio texto, sendo que ambos, como instrumentos, devem atender ao objetivo constitucional de promoção da dignidade da pessoa dos seus partícipes. E, nesse sentido, ao casamento ainda é reservada posição de destaque, representativa do ideal de união entre pessoas de sexos diferentes com um projeto de vida familiar em comum.

Em trabalho desenvolvido sobre o tema, mais especificamente acerca das relações pessoais e patrimoniais introduzidas pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, chegou-se à conclusão quanto à constitucionalidade dos textos legislativos citados, com a seguinte advertência:

O exegeta e o operador do Direito também devem ter sempre como parâmetro indicador do correto alcance do tratamento legislativo tal princípio, buscando suprir eventuais falhas, omissões, imperfeições, lacunas do texto legal com a interpretação que melhor se adequa aos postulados já estudados, aproveitando a experiência da doutrina e da jurisprudência sobre o tema<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: ...* p. 477.

Anote-se que a própria norma constitucional gerou certa perplexidade, como dá a entender EDUARDO: “[...] ainda preso à tradição, o constituinte retrocede, mostrando-se ainda vacilante, ao afirmar, na segunda parte do art. 226, par. 3º, que deveria o legislador facilitar a conversão da união estável em casamento. Desta forma, procura-se equiparar, em maior ou menor medida, as uniões livres ao casamento formal.”<sup>47</sup> A família, a meu sentir, merece tutela estatal, independentemente da sua espécie, e, nesse aspecto, o texto constitucional de 1988 é de clareza lapidar, mormente se comparado com a redação contida na Constituição revogada<sup>48</sup>. Mas, sob o aspecto das relações pessoais e patrimoniais entre os companheiros, logicamente não pode haver equiparação às relações jurídicas entre casados, sob pena de se verificar a extirpação do casamento do Direito brasileiro<sup>49</sup>. Ainda que não houvesse a regra constitucional referente à conversão da união extramatrimonial em matrimonial, a conclusão a esse respeito seria rigorosamente a mesma. Do contrário, não haveria sentido a manutenção do casamento no ordenamento jurídico brasileiro. A proteção estatal não significa estímulo à formação de vínculos familiares informais, já que o Estado se preocupa, até os dias atuais, em regular a sexualidade entre os seus súditos, permitindo a assunção de responsabilidades e a produção de reflexos quanto a terceiros. O elemento discriminatório entre casamento e companheirismo, em termos constitucionais, é o estímulo à constituição de uniões matrimoniais e, em contrapartida, apenas o reconhecimento das outras espécies de família, entre elas as uniões extramatrimoniais designadas de “uniões estáveis”.

E, evidentemente, o estímulo à constituição de famílias matrimoniais produz nítido reflexo na atribuição de direitos e vantagens aos companheiros, por força de norma infraconstitucional. “A Constituição Federal [...] não pretendeu equiparar entidades heterogêneas, identificando a relação familiar de fato com o mais solene dos atos jurídicos. O casamento, com efeito, como ato jurídico, pressupõe uma profunda e prévia reflexão de quem o contrai, daí decorrendo imediatamente uma série de efeitos

---

<sup>47</sup> CAMBI, Eduardo, op. cit. p. 127-128. E o mesmo autor, em seguida, comenta: “Talvez o constituinte tenha perdido grande oportunidade para consagrar expressamente as uniões livres. De fato, a intenção contraditória do constituinte dá margem a interpretações liberais e conservadoras, o que vem causando a instabilidade social, seja no legislador, que vem editando leis contraditórias [...], seja nos juizes e tribunais, [...]” (p. 128).

<sup>48</sup> Nos termos da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, o artigo 175, *caput*, tinha a seguinte redação: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.” A comparação de tal dispositivo com o atual artigo 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988, é elucidativa acerca da mudança de perspectiva do modelo constitucional de família.

<sup>49</sup> Importante a advertência feita por Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA a tal respeito: “A família matrimonial - do passado ou do presente - teve sua formação, pois, centrada no casamento, fosse ele de que tipo ou modelo fosse, ao longo dos séculos. Sobrevive, ainda hoje. É, apesar de certo desprestígio que experimenta, o modelo mais repetido, ainda, embora sua motivação moderna já não seja mais, como no passado, exclusivamente econômica, mas se revele como uma motivação de natureza afetiva” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, op. cit., p. 12).

que lhe são próprios.”<sup>50</sup> E o texto constitucional expõe, com clareza, a sua preferência e opção pelo casamento, ao expressamente se referir à regra da conversão. Proteger, portanto, não pode ser confundido com estimular a sua proliferação. E, de outro lado, a Constituição deixa evidenciado que a família não-parental somente pode ser constituída entre um homem e uma mulher, não tutelando - ao menos como família - a união entre pessoas do mesmo sexo<sup>51</sup>.

Os professores Rodolfo Hans GELLER e Miguel BORGHEZAN defendem a orientação consoante a qual os direitos não-patrimoniais reconhecidos em favor dos casados também devem se estender aos companheiros: “[...] a par da concessão dos direitos patrimoniais inscritos nas leis n.ºs. 8.971/94 e 9.278/96, os companheiros também são titulares e beneficiários dos direitos não-patrimoniais inscritos no Código Civil para as relações de casamento, ou em outras leis esparsas, desde que compatíveis com os objetivos maiores previstos na Carta Política”<sup>52</sup>. É perfeitamente possível que, por força de norma infraconstitucional - e nunca em virtude de analogia -, haja a introdução de alguns destes efeitos em relação aos companheiros, mormente quando houver reflexos quanto a terceiro, como por exemplo na presunção *pater is est*. Contudo, a total e completa extensão dos efeitos pessoais decorrentes do casamento aos companheiros é, reconhecidamente, inconstitucional, tal como acima analisado. Mais uma vez, importa ficar assentado que o casamento ainda é o instrumento alçado pela Constituição Federal à condição daquele que deve modelar o ideal de família ou que deve representar o projeto constitucional de modelo das relações familiares. A completa equiparação entre os institutos casamento e companheirismo, para efeitos internos da relação familiar, afigura-se, desse modo, inconstitucional.

É imprescindível realçar o papel desempenhado pela jurisprudência nacional no tocante ao tema, reconhecendo a realidade fática diante da ausência de regulamentação apropriada no trato das relações que envolvem os companheiros. Nas palavras de Virgílio de Sá PEREIRA, “que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é fruto de seu amor?”

---

<sup>50</sup> TEPEDINO, Gustavo. op. cit. p. 339.

<sup>51</sup> Em sentido contrário ao texto, Luiz Edson FACHIN considera possível a integração da “lacuna legislativa” a respeito da união civil de pessoas do mesmo sexo para, através da analogia *legis*, aplicar o disposto no artigo 3º, da Lei nº 8.971/94, no que pertine ao partilhamento dos bens resultantes do esforço comum durante a união (op. cit, p. 98-102 passim). A meu sentir, diante do próprio sistema existente, que não enseja contradição, à luz da Constituição Federal de 1988, não há família constituída através da união civil de pessoas do mesmo sexo e, conseqüentemente, as regras de aplicação das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 não possuem o mesmo fundamento que existe entre os companheiros. O argumento segundo o qual as relações familiares se baseiam, hodiernamente, em sentimentos de afeto, solidariedade e projeto de vida em comum, à evidência, não se aplica às pessoas do mesmo sexo que convivem diuturnamente, sob pena de desmantelamento de todo um arcabouço existente, inclusive o princípio monogâmico.

<sup>52</sup> GELLER Rodolfo Hans e BORGHEZAN, Miguel. op. cit. p. 73.

Vereis a família. Passou por lá um juiz com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural.”<sup>53</sup> Vale notar que a evolução jurisprudencial, relativamente aos direitos dos companheiros, revela que a companheira deveria comprovar a constituição de uma verdadeira sociedade de fato, que não se presumia do convívio *more uxorio* tampouco decorria naturalmente do “concubinato”.

A origem da construção jurisprudencial da doutrina da sociedade de fato, em matéria de companheirismo, foi demarcada pela situação que envolveu os casais de imigrantes italianos, que, casados sob o regime de separação de bens na Itália, constituíram patrimônio no Brasil, mas somente registrado em nome do varão. E, com o falecimento deste, a viúva foi prejudicada, por não ser herdeira nem meeira. Sob o fundamento do princípio do enriquecimento sem causa, os tribunais passaram a reconhecer direito ao partilhamento de bens. A construção pretoriana se desenvolveu, passando a ser aplicada aos companheiros, o que explica o surgimento da Súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal<sup>54</sup>.

De forma bem resumida, será abordado o companheirismo no que toca à sua configuração no Direito brasileiro, para que possa ser desenvolvida a relação jurídica familiar fundada na “união livre”, em especial no novo Código Civil. Com este objetivo, deve ser levado em conta o seguinte conceito: “o companheirismo é a união extramatrimonial monogâmica entre o homem e a mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor da família, estabelecendo uma comunhão de vida e d’almas, nos moldes do casamento, de forma duradoura, contínua, notória e estável”.<sup>55</sup>

Com respeito à terminologia empregada, em matéria de família não fundada no casamento, a designação terminológica sempre foi a mais variada, o que representa certa dose de desprezo ao tema. Tradicionalmente, o termo “concubinato” era empregado, e etimologicamente *concubinatus* deriva do verbo *concubare* ou *concumbere*, significando comunhão de leito. Contudo, as referências contidas no Código Civil, todas em sentido negativo, geraram carga de preconceito, de discriminação, de tratamento odioso dispensada às uniões extramatrimoniais, assemelhada ao termo “desquite”. Por isso se fez necessário alterar a designação, extirpando o tom discriminatório, tendo a Constituição Federal e o novo Código Civil adotado o termo “união estável”. Contudo, tal termo também não é

---

<sup>53</sup> Apud BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*, 1987. p. 134.

<sup>54</sup> São considerados requisitos para o reconhecimento da sociedade de fato e o conseqüente direito ao partilhamento de bens, nos termos da Súmula nº 380: a) comunhão de interesses na persecução de fim comum (*affectio societatis*); b) formação do patrimônio durante o período de convivência comum; c) esforço comum dos companheiros para a constituição do patrimônio.

<sup>55</sup> O conceito foi formulado no trabalho de minha autoria, denominado *O companheirismo: uma espécie de família*, que abrange as principais características e requisitos do instituto.

o mais recomendável, porque é formado com o adjetivo “estável”, característica que pode sugerir que somente este tipo de união é dotado de estabilidade, excluindo por exemplo a união matrimonial de tal solidez, o que não é verdade<sup>56</sup>. Assim, a proposta é de se adotar o termo “companheirismo” para designar o instituto, diante da prevalência do elemento anímico, do afeto, indispensável à constituição e permanência da família informal, seguindo tendência legislativa, no Brasil, que designa os partícipes da união como companheiros, em obediência a *ratio essendi* de tais uniões. O termo “concubinato”, portanto, deve ser reservado para outros tipos de uniões extramatrimoniais que não se insiram no contexto da família, nos moldes constitucionais<sup>57</sup>. A jurisprudência também, há tempos, passou a distinguir a companheira da concubina, sendo aquela a mulher que se une ao homem, e que se apresenta à sociedade como se casada fosse com o seu parceiro, enquanto que a concubina é a amante, no sentido pejorativo, ou seja, a mulher do lar clandestino, oculto. Tal distinção, hodiernamente, deve ser inteiramente aplicável ao partícipe (varão) da relação: companheiro ou concubino. O novo Código Civil, no art. 1.737, apresenta noção estreita sobre o concubinato, ao estabelecer que “as relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. A norma diz menos do que deveria, já que há outras situações de pessoas desimpedidas que também configuram concubinato, como nos casos de concubinato desleal e nos de ausência de um dos requisitos do companheirismo<sup>58</sup>.

Devem ser enunciadas as características do companheirismo: a) finalidade de constituição de família, ou seja, o desejo dos companheiros de compartilharem a mesma vida, repartindo tristezas e alegrias, fracassos e sucessos, realizando atividades em comum que representem a posse de estado de casados, inclusive por meio da procriação, se for o caso; b) estabilidade, significando tratar-se de uma união sólida, duradoura, com a renovação cotidiana da vontade de manter o projeto familiar, não sendo união efêmera, passageira, constituída a título experimental; c) unicidade de vínculo, ou seja, deve cuidar-se do único vínculo existente entre os companheiros, fundado no sistema monogâmico; d) notoriedade (mas não publicidade), a saber, união reconhecida socialmente, ainda que por um grupo restrito, pela posse de estado de casados, dignificando a união que deixa

---

<sup>56</sup> Ademais, o termo “união estável” possibilitou que alguns autores considerassem outras uniões “não-estáveis” passíveis de tutela jurídica, como as “uniões instáveis”, na expressão utilizada por AGUIAR, Pestana de. *União estável: o fato social e as novas tendências do direito de família*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, [s.d.]; ou as “uniões livres”, como aponta FACHIN, Luiz Edson. Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 3. p. 94-113.

<sup>57</sup> Assim, perde sentido a distinção entre concubinato puro e concubinato impuro, feita magistralmente por Álvaro Villaça AZEVEDO, já que as hipóteses de concubinato impuro (adulterino, incestuoso ou desleal) se encaixam na noção atual de concubinato, ao passo que o ‘concubinato puro’ passa a ser concebido como companheirismo.

<sup>58</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo*:... op. cit. p. 559. Rodrigo da Cunha Pereira se mostra crítico quanto à redação do art. 1.727 (Comentários ao novo Código Civil. op. cit. p. 220).

de ser clandestina, oculta, para ser tipo de família; e) continuidade, no sentido de ser união ininterrupta, permanente (sem ser perpétua), pois se protraí no tempo sem lapsos ou rupturas; f) informalismo (ou ausência de formalidades), já que não há qualquer ato solene necessário para a constituição ou mesmo dissolução do vínculo familiar.

Quanto aos requisitos objetivos, devem ser apontados: a) diversidade de sexos, ou seja, união extramatrimonial entre um homem e uma mulher, como componente cultural, atrelado à noção de que tais uniões existem, normalmente, para atender aos desejos instintivos das pessoas, ou seja, a manutenção de relações sexuais e, eventualmente, para servir à procriação da espécie; b) ausência de impedimentos matrimoniais, tal como tratados na legislação civilista, salvo o impedimento de adultério, pois há casos de pessoas separadas de fato que podem vir a constituir nova família, sendo esta informal; c) comunhão de vida, sob os três aspectos: físico - débito conjugal; econômico - vida em comum para a prosperidade; e espacial - habitação comum, lar conjugal; d) lapso temporal de convivência, ou seja, o decurso de período razoável de convívio, a fim de, juntamente com os outros requisitos, possibilitar a verificação da existência de uniões sólidas, e não precárias, ocasionais. A respeito dos requisitos subjetivos, devem ser colacionados: a) convivência *more uxorio*, ou seja, aquela que tenha aparência de casamento, com a intenção de vida em comum; b) *affectio maritalis*, ou o sentimento de amor e solidariedade entre os companheiros, a intenção de se unirem cercados de sentimentos nobres, desinteressados de qualquer fator de índole econômica ou patrimonial. É válido observar que o art. 1.723, *caput*, e § 1º, do novo Código Civil, acolheu expressamente alguns dos requisitos acima listados.

Sobre o tema dos requisitos, duas questões surgem, da maior relevância: o lapso temporal de convivência e a situação que envolve as pessoas casadas, mas separadas de fato. A Lei nº 8.971/94, por exemplo, estabelecia o prazo de cinco anos de convívio, no caso de inexistir prole comum do casal, para atribuição dos efeitos jurídicos às uniões extramatrimoniais, enquanto que a Lei nº 9.278/96 não fez qualquer referência ao fator temporal na configuração da família extramatrimonial, no que foi secundada pelo novo Código Civil. Os Projetos de Lei nº 118/84 - Projeto de Código Civil, com as emendas aprovadas no Senado Federal -, e 2.686/96 - de iniciativa do Presidente da República - preocuparam-se em fixar lapso temporal de convivência, de maneira expressa, no sentido da configuração do companheirismo para os fins tratados no bojo de tais textos de direito projetado<sup>59</sup>. O texto aprovado do novo Código Civil - que se encontra em vigor - não contempla prazo de convívio para configuração do companheirismo.

---

<sup>59</sup> A respeito do tema, remeto o leitor a COLTRO, Antônio Carlos Mathias. op. cit. p. 27-45, o qual tece minuciosas considerações acerca de vários aspectos contidos, principalmente, no projeto do novo Código Civil.

Em outra oportunidade, considere-se essencial o requisito objetivo do lapso temporal de convivência entre os companheiros, que “deve estar conjugado com os demais para que possa ser considerada a relação fundada no companheirismo”<sup>60</sup>. Em aditamento aos argumentos ali lançados, pode-se afirmar que a família não fundada no casamento, tal como a posse e a obrigação natural, alinhadas por PERLINGIERI como situações ditas de fato<sup>61</sup>, representam aspectos juridicamente relevantes, e que, portanto, o Direito não pode desconsiderá-las. Contudo, tais situações concentram maior reconhecimento jurídico exatamente quando associadas ao fator temporal, sob pena de desmantelamento de todo o arcabouço existente no ordenamento jurídico:

A caracterização do usucapião, e também do companheirismo, não pode ser relegada apenas aos requisitos subjetivos. A existência da posse mansa e pacífica, ininterrupta, com *animus rem sibi habendi*, por si só, não conduz ao usucapião, sendo necessário o prolongamento da posse pelos períodos temporais que a lei estipula. Da mesma forma em relação ao companheirismo. O convívio entre os partícipes da relação formada por um homem e uma mulher desimpedidos [...], com tratamento recíproco como se casados fossem, com *affectio maritalis*, não pode conduzir à configuração do companheirismo, diante da falta do pressuposto temporal. Falta segurança, estabilidade, solidez na relação por eles mantida, e nesse caso, não está dentro da previsão constitucional<sup>62</sup>.

A situação que envolve os companheiros é, juridicamente, de posse qualificada de estado de casados, para efeito de configuração de família, e não uma posse simples, transitória, suscetível de rompimento por motivo de somenos importância.

E, nesse particular, a Constituição Federal, de maneira implícita em relação ao companheirismo, aponta o lapso temporal mínimo de convivência, no próprio artigo 226 <sup>63</sup>, a saber: o prazo de dois anos. Pela primeira vez na história das constituições brasileiras, duas realidades fáticas, em matéria de Direito de Família, foram expressamente reconhecidas: a “união estável” e a separação de fato. Enquanto a “união estável” representa a constituição

---

<sup>60</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo*: ..., p. 195. Nesse sentido, Eduardo Estrada ALONSO, no direito espanhol, considera o fator temporal como “índice de estabilidade das uniões livres”, defendendo-o como requisito das uniões extramatrimoniais familiares (apud DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 667, p. 23, maio de 1991).

<sup>61</sup> PERLINGIERI, Pietro, op. cit. p. 142-144.

<sup>62</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Companheirismo*:..., p. 196.

<sup>63</sup> Trata-se da regra do divórcio direto, exposta no § 6º do artigo 226: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

de uma família, a separação de fato, desde que duradoura, possibilita a dissolução de outra, a matrimonial. Tal como ocorre no companheirismo, o divórcio direto somente é possível desde que haja o preenchimento de certos pressupostos de índole objetiva e subjetiva. Para que ocorra o divórcio do casal, a perda da *affectio maritalis* - diante da incompatibilidade de se dar continuidade ao projeto original de vida em comum - deve ser conjugada com o decurso de prazo de dois anos. Tal prazo, portanto, foi considerado pelo legislador constituinte como o índice para a constatação da irreversibilidade da situação fática de incompatibilidade conjugal, demonstrando, assim, a impossibilidade do retorno ao convívio e ao projeto familiar originário.

O prazo de dois anos foi considerado razoável e plausível para se aferir a instabilidade do casamento, proporcionando, assim, a sua pronta dissolução. O mesmo espírito na fixação desse prazo de dois anos (para a descaracterização da *affectio maritalis*) deve ser considerado para efeito de estabilidade das uniões extramatrimoniais, ou seja, o período necessário e razoável para a construção da *affectio maritalis* entre os companheiros [...] <sup>64</sup>

O sentido da norma constitucional, no contexto da interpretação sistemática e teleológica do artigo 226, foi de estatuir lapso temporal de dois anos, no mínimo, para a constituição do companheirismo, atendendo, integralmente, ao processo de repersonalização do Direito de Família, devidamente constitucionalizado <sup>65</sup>.

De todo modo, o simples cumprimento do requisito temporal, por si só, não confere à união extramatrimonial o *status* de família, devendo concomitantemente coexistirem os demais requisitos objetivos e subjetivos para a configuração do companheirismo <sup>66</sup>.

Outro questionamento, que decorre do próprio texto constitucional, refere-se à situação de união extramatrimonial em que há estado civil de casado em relação ao partícipe que, no entanto, encontra-se separado de fato de seu cônjuge. Haveria

---

<sup>64</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Companheirismo*:... p. 200.

<sup>65</sup> De acordo com as lições de Teresa Arruda Alvim PINTO (Entidade familiar e casamento formal. In: \_\_\_\_\_. *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 82); Leoni Lopes de OLIVEIRA (*Alimentos e sucessão no casamento e na união estável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 104); e Basílio de OLIVEIRA (*Direito alimentar e sucessório entre companheiros*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995. p. 61), há lapso temporal de convivência para fins de configuração do companheirismo.

<sup>66</sup> A única ressalva que deva ser admitida ao lapso temporal mínimo de dois anos diz respeito à dissolução do vínculo familiar por morte involuntária de um dos partícipes da união, porquanto nessa hipótese havia intenção de permanência da união entre o casal, o que somente não ocorreu por evento alheio à vontade de ambos, dissolvendo o projeto de vida a dois. E, evidentemente, nesse caso, tal família somente se refletirá em alguns efeitos, excluindo outros - em relação aos alimentos, por exemplo, não existirá qualquer reflexo.



companheirismo ou concubinato<sup>67</sup>? Para Rainer CZAJKOWSKI, observando a doutrina e jurisprudência majoritárias sobre o tema, a situação é de companheirismo:

[...] a prolongada separação de fato entre os cônjuges representa, a experiência o demonstra, a extinção daquela comunhão de vida que o casamento exige. Assim, [...], não é mais possível considerar como ‘adulterino’ o relacionamento de um dos cônjuges, efetivamente separado de fato, com terceiro. Passa a ter sentido, então, cogitar-se de entidade familiar constituída por esta união livre porque a família anterior, que o casamento só formalmente ainda mantém, na prática não existe mais (pelo menos não com relação a este cônjuge, separado de fato, que se concubinou com terceiro)<sup>68</sup>.

Diante da regra que prevê a conversão da “união estável” em casamento, indaga-se: há algum obstáculo a respeito da presença de pessoa que não seja solteira, divorciada ou viúva para integrar a família informal? Podem as pessoas separadas judicialmente, ou de fato, em certas condições, constituírem famílias extramatrimoniais? Como se sabe, o estado civil de separado judicialmente não inclui o indivíduo no rol dos impedimentos matrimoniais do artigo 1.521, do novo Código Civil, mas novo casamento somente pode ser celebrado com a dissolução do vínculo matrimonial anterior. E, assim, obviamente a conversão do companheirismo em casamento dependerá, necessariamente, do prévio divórcio do companheiro que tem o status de separado judicialmente.

A regra constitucional da conversão em casamento atribui uma faculdade aos companheiros que, à evidência, pode ou não ser exercida, não impondo a limitação no sentido de que os partícipes somente possam ser considerados companheiros se estiverem “desimpedidos” - na sua mais lata acepção. Não é, por conseguinte, indispensável que a união extramatrimonial esteja apta à conversão, já que “a Constituição objetivou que os companheiros ou já estivessem desimpedidos em sentido amplo, ou em condições objetivas e subjetivas de se liberarem (veja-se, v.g., a hipótese do casado, separado de fato há dois anos, que pode prontamente obter o divórcio direto; ou na hipótese do separado judicialmente, nesse estado há um ano)”<sup>69</sup>. A regra da conversão, portanto, não é restritiva ou limitadora quanto ao estado civil dos partícipes da relação extramatrimonial. A conversão é a faculdade introduzida pelo texto constitucional em favor

---

<sup>67</sup> O termo é empregado para designar as uniões fortuitas, instáveis, esporádicas, ou mesmo estáveis mas carentes de um ou mais requisitos essenciais para a configuração do companheirismo, como no caso de uma união extramatrimonial existente entre um pai e uma filha (violadora do impedimento de incesto).

<sup>68</sup> CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre*. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 1997. p. 51.

<sup>69</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo* ..., p. 152.

dos companheiros, nunca a limitação quanto às suas condições pessoais. Logo, não houve limitação constitucional da abrangência do companheirismo apenas aos solteiros, divorciados ou viúvos; a norma constitucional, nesse particular, admite que seja considerado partícipe da família extramatrimonial qualquer pessoa que, impedida formalmente para se casar por vínculo matrimonial ainda vigente, esteja apta a obter judicialmente a alteração de seu estado civil e, assim, requerer, administrativamente, a conversão da união extramatrimonial em matrimonial. O novo Código Civil acolheu expressamente tal orientação, conforme se verifica pela leitura da regra do art. 1.723, § 1º, ao estabelecer que o impedimento de bigamia não impede a configuração do companheirismo quando a pessoa casada estiver separada de fato do cônjuge e, nesse período, passar a conviver com outra.

## 5. Relação jurídica familiar fundada no companheirismo

Mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, já se fazia sentir a necessidade de regramento normativo a respeito dos interesses dos companheiros, mormente no âmbito interno da união extramatrimonial por eles mantida, “motivo pelo qual os tribunais se anteciparam ao legislador para proporcionar o reconhecimento de efeitos que, na ordem moral e fática, já eram considerados.”<sup>70</sup> Diante do reconhecimento constitucional do novo modelo de família, a necessidade foi ainda mais acentuada, não se contentando com alguns preceitos oriundos de leis especiais, como as Leis nº 8.009/90, 8.069/90 e 8.245/91. Isso explica o advento da Lei nº 8.971/94 e, posteriormente, da Lei nº 9.278/96, esta última estabelece de forma expressa direitos e deveres recíprocos entre os companheiros, além de fornecer novos contornos aos efeitos patrimoniais da família informal. Com o novo Código Civil, reforça-se a orientação da indispensabilidade da regulamentação legislativa dos efeitos pessoais e patrimoniais do companheirismo.

De se notar, no entanto, que a despeito da regulamentação relativamente recente acerca dos deveres dos companheiros, estes preexistiam às próprias leis, como consequência natural dos requisitos e características inerentes ao companheirismo, apenas com a ressalva de não poderem ser considerados deveres, na acepção jurídica da palavra, porquanto ausente qualquer sanção para o seu descumprimento. Isso, no entanto, não invalida a própria existência no plano fático de tais deveres, tais como a fidelidade, a coabitação, a assistência moral e material, além evidentemente da guarda, sustento e educação dos filhos<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo* ..., p. 228.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 228.

De todo modo, a relação jurídica familiar, mesmo antes das leis acima referidas, já existia entre os companheiros, de acordo com a construção jurisprudencial em matéria de indenização por serviços prestados - relacionado ao interesse relativo à assistência material e moral recíproca - e de sociedade de fato - relativo à comunhão de vida, sob o aspecto econômico, no sentido da prosperidade patrimonial verificada no curso da união mantida entre os partícipes da relação. Tais efeitos são reflexo dos deveres familiares que envolvem parte importante da personalidade dos companheiros e têm caráter duradouro, diversamente do que ocorre com as obrigações em geral.

Com base no princípio isonômico estatuído no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, além do disposto no artigo 226, § 5º, do mesmo texto, e, finalmente, observando-se os princípios constitucionais, os direitos e deveres entre os companheiros são rigorosamente os mesmos, e não se admite qualquer distinção no que toca aos efeitos internos do companheirismo. Apenas para espantar qualquer dúvida, não seria constitucional o reconhecimento de deveres apenas em relação à companheira, em benefício de seu par, sob pena de se desestimular a constituição de vínculos matrimoniais, pois estar-se-ia atribuindo mais direitos ao companheiro do que ao cônjuge-varão.

Quanto aos efeitos jurídicos pessoais entre os companheiros, atualmente o novo Código Civil, no art. 1.724, enuncia, expressa ou tacitamente, os seguintes: a) dever de lealdade, decorrente do respeito, da consideração que ambos devem ter mutuamente, associado aos requisitos da unicidade de vínculo, da comunhão de vida, e da *affectio maritalis*<sup>72</sup>; b) dever de coabitação, como reflexo dos requisitos de comunhão de vida *more uxorio* e da característica da continuidade, abrangendo a vida sob o mesmo teto, a prosperidade do casal em termos materiais e existenciais, e a satisfação do débito conjugal, enfim, vida em comum fundada no afeto, no amor e prazer da companhia recíproca; c) dever de assistência moral, representando o elemento ético que rege e mantém o vínculo familiar, ou seja, o compromisso familiar associado ao dever de socorro, qual seja, a assistência material; d) dever de guarda, sustento e educação dos filhos, que independe da união extramatrimonial, hodiernamente, decorrendo pura e unicamente do vínculo de parentesco.

Os efeitos jurídicos patrimoniais entre os companheiros atualmente estão sedimentados em termos legislativos, após longa e tortuosa peregrinação no Direito brasileiro. Outrora estigmatizado e discriminado, o companheirismo foi, paulatinamente,

---

<sup>72</sup> O dever de lealdade abrange os aspectos físico e moral, ou seja, implica o dever de abster-se de manter relações sexuais com outras pessoas, além de praticar condutas que indiquem tal intenção, ainda que não se consuma o ato.

avançando no mundo jurídico, ingressando no Direito das Obrigações por via transversa - sociedade de fato e indenização por serviços prestados -, no Direito Previdenciário e na Infortunistica, até, finalmente, fincar raízes no Direito de Família. A despeito da ementa da Lei nº 8.971/94 somente se referir ao *direito dos companheiros a alimentos e à sucessão*, forçoso é reconhecer que o artigo 3º instituiu regime de bens no companheirismo. Até o advento da mencionada lei, o enunciado da Súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal, acrescido da noção de contribuição indireta, era perfeitamente aplicável às uniões extramatrimoniais com prosperidade patrimonial. O preceito do artigo 3º da Lei nº 8.971/94 buscou adequar os reflexos patrimoniais, em vida dos companheiros, ao Direito de Família, apesar de ter como fundamento o enunciado sumular<sup>73</sup>. Não houve introdução de regime idêntico ao regime de comunhão parcial de bens, já que ficou expresso o requisito da colaboração prestada por aquele que pretende receber a cota prevista em lei, razão pela qual o regime se aproxima bastante do regime de separação obrigatória de bens no casamento de acordo com a interpretação jurisprudencial que se vem dando ao enunciado da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal<sup>74</sup>.

De acordo com o artigo 5º da Lei nº 9.278/96, houve presunção de comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens. Tal preceito visou a equiparar a atividade doméstica, não-remunerada, ao trabalho profissional do parceiro, atendendo aos princípios de igualdade, solidariedade e pluralismo, reconhecidos em nível constitucional. Não há apenas um regime de bens no companheirismo. Introduziu-se o regime legal, previsto no artigo 5º, e o regime de separação absoluta de bens adquiridos onerosamente por cada um, na constância da união, sendo a escolha irrevogável, sob pena de atribuir mais vantagens aos companheiros do que aos casados. Ainda assim, não houve equiparação ao regime da comunhão parcial de bens, existente no casamento. A disponibilidade entre os companheiros, em matéria de regime de bens, somente abrange os bens adquiridos onerosamente durante a união, estando afastados os bens adquiridos anteriormente, a qualquer título, e os adquiridos no curso do companheirismo a título gratuito ou por fato eventual. Tal assertiva é confirmada pela regra contida no art. 1.725 do novo Código Civil. É importante notar a cláusula “no que couber” - constante do dispositivo legal -, já que há bens que entram no patrimônio comum do regime da comunhão parcial no casamento, mas não entram no regime legal de bens no companheirismo.

---

<sup>73</sup> A regra do referido artigo 3º não previa direito sucessório, porquanto este vem regulado no artigo 2º da mesma Lei nº 8.971/94, e sim cuidava do direito de propriedade do companheiro sobrevivente em decorrência da comunhão de interesses patrimoniais mantida durante a união, resultante dos esforços de ambos na formação ou incremento patrimonial.

<sup>74</sup> *In verbis*: “No regime da separação legal de bens comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento por esforço comum”.

A análise do tema somente pode ser realizada enfocando a Constituição Federal, sob pena de se admitir efeitos frontalmente contrários a vários princípios e regras constitucionais. No companheirismo, não há possibilidade de se conceber qualquer um dos regimes comunitários (mesmo o da comunhão parcial nunca existirá na sua plenitude quanto aos companheiros<sup>75</sup>), razão pela qual o princípio da liberdade do pacto, em matéria de união extramatrimonial, sofre bastante restrição.

Com o advento do artigo 1º da Lei nº 8.971/94, não há mais direito à indenização por serviços prestados entre companheiros, considerando que a construção jurisprudencial para assegurar o interesse da companheira, em regra, relativo à assistência material, atualmente é desnecessária. Com efeito, o direito a alimentos é representativo da adequação da realidade jurídico-formal à realidade sociológica preexistente, diante da solidariedade humana, mormente no vínculo familiar. E, evidentemente, a assistência material ou dever de socorro, que origina os alimentos, sofre a incidência da normativa constitucional no sentido de somente gerar efeitos alimentares nas hipóteses, e sob os fundamentos, que o ordenamento jurídico reconhece entre os cônjuges, sob pena de atribuição de maiores vantagens e benefícios aos companheiros, em patente inconstitucionalidade. Os artigos 1º; 2º, inciso II; e 7º, *caput*, todos da Lei nº 9.278/96, derrogaram o artigo 1º da Lei nº 8.971/94, alterando o preceito relativo ao dever de socorro, mas não houve revogação acerca da regra da cessação da obrigação alimentar diante da constituição de nova união pelo credor de alimentos. Diante da entrada em vigor do novo Código Civil, há a previsão do dever de socorro no art. 1.724 e a consequente previsão do direito a alimentos entre os companheiros no art. 1.694.

No Direito brasileiro, pela primeira vez, houve a introdução do direito sucessório de propriedade entre os companheiros, alterando a ordem de vocação hereditária, com tratamento idêntico à sucessão entre cônjuges através do artigo 2º da Lei nº 8.971/94. É evidente que tal efeito sofreu as mesmas limitações existentes na sucessão por morte de cônjuge, diante da condição de herdeiro facultativo deste à época da vigência do Código Civil de 1916 que, logicamente, se estendia ao companheiro. Era possível, eventualmente, que o falecido fosse casado e estivesse separado de fato do cônjuge, e em tal período constituísse e mantivesse “união estável”, acarretando a sucessão *ab intestato* simultânea e, em partes iguais, em favor do cônjuge e do companheiro supérstites. Com o novo Código Civil, o art. 1.790 alterou o sistema em matéria sucessória, retrocedendo em muito o direito à sucessão legítima em favor do companheiro<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> É precisa, neste sentido, a observação feita por Eduardo CAMBI: “O regime de bens da união estável não se confunde com o regime da comunhão parcial de bens do casamento. Este regime confere mais direitos que aquele [...]” (CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 160).

<sup>76</sup> Para uma leitura mais aprofundada sobre a crítica ao art. 1.790, do novo Código Civil, remeto o leitor para o livro “Direito Civil: Sucessões” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. São Paulo: Atlas, 2003. p. 44-48 e 118-128).

Considerando-se que não houve revogação do artigo 2º da Lei nº 8.971/94<sup>77</sup>, surge o tema referente ao direito de habitação, expressamente introduzido pelo artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96. Ao analisar a questão, Eduardo CAMBI comenta: “[...] a discriminação entre o casamento e a união estável, neste caso, não se justifica, mas, antes, fere o princípio da igualdade, tratando desigualmente situações equivalentes.”<sup>78</sup> A meu sentir, como o sistema codificado de 1916, em matéria de direitos sucessórios reconhecidos ao cônjuge supérstite, realizava uma combinação entre tais direitos e o regime matrimonial de bens, como deixava claro o artigo 1.611 do Código Civil, a compatibilização com a Constituição necessariamente passava por um revisita do § 2º do artigo 1.611 do diploma civilista de 1916.

Daí a observação anteriormente feita:

Considerando que o regime de comunhão universal de bens nunca existirá no companheirismo, é lógico concluir que a lei propositadamente não restringiu o direito a tal regime para o efeito de aplicá-lo em todos os casos, reforçando o caráter protetivo do direito sucessório de habitação para abranger todas as situações de uniões fundadas no companheirismo. Conseqüentemente, para evitar a inconstitucionalidade do dispositivo legal, pois estaria criando mais direitos aos companheiros se comparados aos casados sob regime diverso da comunhão universal de bens, deve ser considerada a cláusula de maior favorecimento, no sentido de alargar o direito real de habitação entre casados para todo e qualquer regime, aliás como já ocorre com o direito de propriedade. Assim, o art. 1.611, § 2º, do Código Civil, deve sofrer uma modificação em seu alcance, para estender o benefício a todo e qualquer regime matrimonial e não somente ao da comunhão universal<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> A respeito do tema ainda há bastante polêmica, mas tem prevalecido a orientação exposta no texto. Assim, Luiz Edson FACHIN comenta: “É certo que, a teor do artigo 11 da nova Lei, contendo a fórmula ‘revogam-se as disposições em contrário’, a Lei n. 9.278/96 somente revoga a anterior naquilo que lhe é incompatível” (FACHIN, Luiz Edson, *Elementos críticos de direito...* p. 75-76). O autor, no entanto, considera revogados os incisos I e II do artigo 2º da Lei nº 8.971/94, ou seja, o usufruto companheiril, diante da introdução de novo direito real temporário (o direito de habitação).

<sup>78</sup> CAMBI, Eduardo. op. cit. p. 172. E, mais adiante, o mesmo autor comenta: “A intervenção legislativa, neste aspecto, parece ser o caminho mais curto para harmonizar, com igualdade, essas situações equivalentes. Enquanto não houver legislação mais adequada, cabe ao Judiciário evitar [...] a superproteção da companheira, adotando, talvez, as mesmas restrições, feitas ao casamento, em relação à união estável.” (p. 173).

<sup>79</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo...*, p. 452-453.

No âmbito do novo Código Civil, não foi estabelecido o direito real de habitação no campo sucessório em favor dos companheiros conforme se constata pela leitura do art. 1.831. Contudo, não há qualquer incompatibilidade entre a previsão contida no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96 e o art. 1.831 do novo Código Civil, motivo pelo qual deve-se concluir pela continuidade do direito real de habitação para o cônjuge sobrevivente<sup>80</sup>.

## 6. Conclusão

Constata-se, por conseguinte, que muitas são as questões pertinentes ao tema “união livre” e relação jurídica familiar. O Direito brasileiro experimenta, nos dias atuais, os reflexos de variados fenômenos que se sucedem no campo da organização familiar. Devem ser refutadas, por completo, as apologias que anunciam o fim da família. Ao revés, visualiza-se um engrandecimento dos vínculos familiares, cada vez mais autênticos, solidaristas e transparentes. Talvez a civilização humana esteja vivenciando uma época histórica das mais promissoras, no campo familiar, e ainda não tenha percebido tal contexto. A paz, a solidariedade, a liberdade, a igualdade e a justiça dependem única e exclusivamente do Homem e, para que seja pensada a felicidade, fundamental se afigura o estabelecimento de relações jurídicas familiares atomistas e representativas da não-beligerância que deve nortear a vida humana no plano existencial. A verdade, indubitavelmente, é que estamos diante de uma NOVA FAMÍLIA.

---

<sup>80</sup> A respeito do tema, houve aprovação de enunciado interpretativo na Jornada de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, *in verbis*: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informada pelo art. 6º, caput, da CF/88” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy (org.). Jornada de Direito civil. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003, p. 424-425; 448-449).

## 7. Bibliografia

AGUIAR JUNIOR, Ruy (org). *Jornada de Direito civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003.

BÉNABENT, Alain. *Droit civil: la famille*. 9. ème. Paris: LITEC, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. O sistema constitucional de família. *Revista do Instituto dos Magistrados do Brasil*, n. 6, jan-mar. 1997.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*. São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito, 1987.

BOSSERT, Gustavo A. *Régimen jurídico del concubinato*. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 1997.

CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família. In.: SHIMURA, Sérgio Seiji; WAMBIER, Teresa A. A. (Coord.) *Processo de Execução*. São Paulo: RT, 2001.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A união estável no direito projetado - o Código Civil. In: WAMBIER, Teresa A. A. e Eduardo de Oliveira Leite. (Coord). *Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre*. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 1997.

DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1984.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Da união estável como entidade familiar*. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 667, maio de 1991.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FRIGINI, Ronaldo. *O concubinato e a nova ordem constitucional*. Revista dos Tribunais, n. 686, 1992.



GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GELLER, Rodolfo Hans; BORGHEZAN, Miguel. *A união e os direitos não-patrimoniais*. Revista Logos Veritas. Santarém, Pará, n. 2, 1998.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, abr.-jun. 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. In: WAMBIER, Teresa A. A. (Coord) *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LIRA, Ricardo Pereira. *Relação Jurídica*. Texto impresso, resultado de trabalho acadêmico apresentado durante o Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, ao ministrar a disciplina Teoria do Direito Civil I, no primeiro semestre de 1999.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. Concubinato: novo rumos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Leoni Lopes de. *Alimentos e sucessão no casamento e na união estável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. De Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. *União estável no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 7, 1ª quinzena abr. 1995.

# DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PELA POSSE-TRABALHO

José Carlos Zebulum

Juiz Federal Substituto da 27ª Vara;  
Mestrando em Direito Civil pela UERJ

## RESUMO

Este trabalho analisa o direito de propriedade e sua evolução, notadamente diante de previsão constitucional que impõe o atendimento de sua função social. A abordagem segue para uma análise do artigo 1.228 do Código Civil, notadamente seus parágrafos 4º e 5º, que instituem uma nova modalidade de aquisição da propriedade, que alguns autores já vêm chamando desapropriação judicial pela posse - trabalho.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito de propriedade. Função social da propriedade. Desapropriação

## SUMÁRIO

1. Introdução 2. A Função Social da Propriedade 3. O Debate na Jornada de Direito Civil 4. Conclusão 5. Bibliografia

## 1. Introdução

Não é de hoje a preocupação da doutrina e dos aplicadores do Direito com o princípio da função social da propriedade e da posse. O princípio, no entanto, evoluiu de mero temperamento ao individualismo que marcou o tratamento do direito de propriedade na codificação oitocentista para a concepção que se tem hoje, segundo a qual o princípio “passa a integrar o conceito jurídico de *propriedade*, [...] de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade”<sup>1</sup>.

De fato, a função social não pode ser vista como mero apêndice do direito de propriedade, sendo muito mais que isso, eis que, como afirma Zavascki:

Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica,

---

<sup>1</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 260.

a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo<sup>2</sup>.

A idéia de que a propriedade deve cumprir a sua função social insere-se em um contexto maior, mais abrangente, que diz respeito ao movimento de funcionalização dos direitos subjetivos, a partir do qual, desde o final do século XIX, vem-se promovendo a reconstrução de institutos centrais do Direito moderno, tais como a propriedade e o contrato. Adere-se, desde então, ao entendimento de que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, rejeitando-se a visão clássica da prevalência da vontade do titular, voltada exclusivamente para a defesa de seus próprios interesses. A perspectiva da funcionalização do direito subjetivo envolve a atribuição de um poder, tendo em vista certa finalidade, ou ainda, a outorga de um poder para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, mas de terceiros.

## 2. A Função Social da Propriedade

É cediço que a noção de função social da propriedade tem sua origem nas formulações acerca da figura do abuso do direito, a partir das quais a jurisprudência francesa foi, gradativamente, impondo certos limites ao poder absoluto do proprietário. Tal concepção, no entanto, lastreava-se na mera imposição de limites, estes considerados como fatores externos ao núcleo do direito subjetivo, cuja estrutura restava inalterada. A propriedade, então, era considerada um “*droit absolu et sacré*”, excepcionalmente restringido nas hipóteses de abuso. Este entendimento inicial sofreu forte ruptura, como se verifica da crítica radical à noção de direito subjetivo promovida por Léon Duguit<sup>3</sup>, propondo substituí-lo pela noção realista de função social.

Modernamente, prevalece a idéia de que o atributo da função social não é externo ao direito, mas integra o seu próprio conteúdo, refletindo-se, no caso do direito de propriedade, no conjunto de situações jurídicas incidentes sobre o bem, objeto do direito. Assim, a função social acaba por delinear o complexo de direitos e

---

<sup>2</sup> ZAVASCKI, Teori. A Tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>3</sup> DUGUIT, Leon. El derecho subjetivo y la función social. In: *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Trad. Carlos Posada. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 1975. p. 178.

deveres subsumidos no conceito de direito de propriedade, afastando-se definitivamente a construção do jusracionalismo que encarava o direito de propriedade sob a perspectiva do “poder da vontade”, como direito natural do homem sobre as coisas, em cujo conteúdo não cabiam deveres e limitações. Pode-se dizer que, hoje em dia, o direito de propriedade é visto como um complexo de situações, deveres, obrigações e ônus, além de poderes. Nesta linha já se manifestou Perlingieri, observando que “em realidade, a propriedade privada não se configura como direito subjetivo, individualisticamente compreendido, mas como situação unitária e complexa composta por poderes, mas também por obrigações, deveres, ônus, a qual, diferentemente da propriedade pública, não é função, mas tem função social”<sup>4</sup>.

Isso resulta que “o uso do direito é correto se, para além de respeitar as proibições e os limites expressamente predispostos pelo legislador, se substancia em um comportamento conforme à função social, que pode consistir seja em omissões seja em adimplemento de deveres positivos, atuativos dos interesses individuais e gerais”<sup>5</sup>.

Percebe-se facilmente que a função social não se restringe apenas à imposição de limites, assumindo tanto funções negativas como positivas. Há muito já foi superada a idéia que prevalecia nos primeiros decênios do século XX, pela qual a função social era encarada exclusivamente na sua dimensão negativa, como proibição de determinados comportamentos. Avulta-se, atualmente, o papel promocional que esta realiza, instrumentalizando-se a propriedade e os demais direitos reais que dela se originam, na persecução de valores e princípios estabelecidos na Lei Maior.

O artigo 1.228 do novo Código Civil estabelece que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Expõe-se, assim, o núcleo interno ou econômico do domínio (faculdades de usar, gozar e dispor) e o núcleo externo ou jurídico (a tutela do domínio), que compõem o aspecto estrutural da propriedade.

Os poderes do proprietário eram apresentados no *caput* do artigo 524 do Código de 1916 de forma similar, no qual se ressaltava que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”. Como aponta Tepedino, trata-se de norma de matriz nitidamente jusnaturalista, eis que a lei limita-se a reconhecer um poder a ela preexistente. A redação do *caput* do artigo 1.228 do Código atual, utilizando-se da expressão

---

<sup>4</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991. p. 452.

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 449.

“o proprietário tem a faculdade”, revela-se mais técnica e mais adequada à concepção positivista da propriedade privada<sup>6</sup>.

Mas o novo Código trouxe importantes inovações, destacando-se, inicialmente, o § 1º, pelo qual “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Passa, assim, o novo Código a abordar o aspecto funcional da propriedade, matéria até então absolutamente estranha ao Direito Civil codificado pátrio. Persegue, desta feita, a tutela da função social da propriedade privada, já delineada na Constituição Federal de 1988, vinculando o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais.

O § 2º do artigo 1.228, ao dispor que “são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”, consagra a intenção do legislador de coibir o abuso do direito de propriedade. Quando o titular de um direito reconhecido pelo ordenamento, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, comete ato ilícito, como estabelece o artigo 187 do novo Código. É interessante notar que, especificamente em relação ao direito de propriedade, o legislador estabeleceu um requisito subjetivo para a configuração do abuso do direito, como se verifica da expressão “e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”. Destoa, assim, da norma do artigo 187 acima citada, que apresenta contornos essencialmente objetivos à figura do abuso do direito.

Outra não foi a conclusão a que se chegou a respeito do tema, na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ. Na oportunidade, ressaltou-se que “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico” (Enunciado nº 37 aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal).

No § 3º do artigo 1.228, temos formas de intervenção do Estado na propriedade privada, sendo que na primeira parte o dispositivo refere-se à desapropriação, que

---

<sup>6</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 305.

vem a ser a expropriação forçada de um bem pelo Poder Público, tendo por fundamento a utilidade pública ou o interesse social, mediante a paga de uma justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvada a desapropriação para fins de reforma agrária, quando a indenização poderá ser paga em títulos da dívida agrária.

Inovou o Código de 2002, no entanto, de forma mais veemente, nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228, que assim dispõem:

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Instituiu o legislador uma forma peculiar de desapropriação por ato judicial, fundada na utilidade social da posse e na destinação do bem expropriado. Extrapola-se, assim, a idéia de função social da propriedade, para se chegar à função social da posse, instituto que, no novo Código, não se prende mais à concepção abstrata de Von Jhering, veiculada, inclusive, no artigo 485 do Código de 1916 <sup>7</sup>.

Adota o legislador, desta feita, uma interessante postura de conferir uma tutela especial à “posse qualificada” ou “posse-trabalho”, ou seja, aquela enriquecida pelos valores do trabalho, “que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimento de caráter produtivo ou cultural”<sup>8</sup>. Estabelece, assim, um discrimine em relação à “posse simples”, aquela que se caracteriza como um simples poder manifestado sobre uma coisa, ou ainda, o poder de fato sobre coisa própria ou alheia, exercido com estabilidade e autonomia, e tutelado juridicamente pelos interditos.

Estas singelas considerações pretendem, justamente, tratar da importância da inovação trazida pelo novo Código, inspirada no sentido social do direito de propriedade e no conceito de posse-trabalho.

A adoção desta nova modalidade expropriatória pelo Código Civil de 2002, que tem na sua essência a tutela da posse-trabalho, é, sem dúvida, bastante oportuna,

<sup>7</sup> VARELA, Laura Beck. A Tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA. op. cit.

<sup>8</sup> REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: Situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1986. p. 178.

tendo em vista que a questão fundiária no Brasil apresenta-se problemática e mal resolvida, o que se comprova pela freqüência e intensidade de movimentos sociais deflagrados em busca de soluções para a difícil situação em que se encontra grande parte da população brasileira, que ainda luta para conquistar na prática, um direito que a Constituição Federal já lhe outorgara: o direito à moradia.

Atribui-se à doutrina e à própria jurisprudência a importante tarefa de identificar a real natureza jurídica desta nova modalidade de aquisição e conseqüente perda da propriedade imóvel estabelecida na lei civil, sem perder de vista o regramento constitucional da matéria. Devem ser estabelecidos os contornos básicos do instituto, evidenciando-se as características que o aproximam de outras formas afins já previstas na legislação pátria, tais como a usucapião e a desapropriação, ressaltando os aspectos que as diferenciam.

O instituto deve ser estudado no contexto das profundas transformações introduzidas pela Constituição Federal de 1988 na disciplina da propriedade, a partir das quais tem-se por superado o caráter meramente estrutural com que era tratado pela legislação civil até então vigente, reconhecendo-se, assim, o aspecto funcional e instrumental do direito de propriedade. Abandona-se, assim, o modelo proprietário estabelecido pelo *Code Napoléon* e pela Pandectística, voltado exclusivamente para a idéia do direito subjetivo, reconstruindo-se o direito de propriedade à luz de uma concepção que se debruça também sobre os deveres, os ônus e os encargos que efetivamente compõem a situação subjetiva complexa que caracteriza o exercício do direito de propriedade.

Os parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do novo Código devem ser analisados no contexto de sua compatibilidade material com a Constituição Federal, abordando-se, ainda, as diversas cláusulas abertas veiculadas na referida norma, e as conseqüências que advêm da técnica adotada pelo legislador.

A regra em destaque já recebeu inúmeros ataques, sendo evidente o intenso debate doutrinário que já se estabeleceu sobre a matéria. Postulou-se, inclusive, que fosse reconhecida a inconstitucionalidade da norma, por sê-la atentatória ao direito de propriedade. Neste sentido, a Emenda nº 135, do Senador Gabriel Hermes, que foi rejeitada. Na oportunidade, bem manifestou-se Luiz Edson Fachin, observando que “o mecanismo, disposto no parágrafo que deve ser mantido, é de uma inovação elogiável, coerente com o sentido de função social da propriedade”<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> SENADO FEDERAL. *O Projeto do Código Civil no Senado*. Brasília: 1998. T. II. p. 311.



Carlos Alberto Dabus Maluf sustenta que as regras contidas nos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do novo Código violam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, sendo, por este motivo, inconstitucionais<sup>10</sup>.

Já Caio Mário da Silva Pereira entende que tais normas são inconstitucionais por vislumbrar na espécie uma modalidade de desapropriação não prevista na Constituição, sendo esta uma matéria necessariamente constitucional. Argumenta, ainda, a inconstitucionalidade das normas em destaque pelo fato de elas estabelecerem hipótese de desapropriação sem “prévia indenização”, além de não definirem *quem* deverá pagar a indenização, destacando que não seria razoável condenar-se o Estado, já que este não integra a relação processual<sup>11</sup>.

### 3. O debate na Jornada de Direito Civil

O tema, no entanto, foi objeto de análise ao longo da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ. Na oportunidade, ressaltou-se que “é constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil” (Enunciado nº 82, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal).

Revela-se, em verdade, bastante louvável a iniciativa do legislador, já que o panorama da atual estrutura fundiária brasileira não é dos melhores. A distribuição da terra revela-se profundamente desigual, verificando-se a existência de elevadas porções de terra nas mãos de poucos e um grande contingente de pessoas excluídas do acesso à terra e à propriedade. Prevalecem, em verdade, os latifúndios, com terras subaproveitadas, e a intensa exploração do solo brasileiro por multinacionais<sup>12</sup>.

O dispositivo apresenta-se fundado em diversas cláusulas abertas, tais como as expressões “extensa área”, “considerável número de pessoas”, “obras e serviços de interesse social e econômico relevante” e “justa indenização”. Confere-se, assim, aos juízes larga margem de discricionariedade na subsunção da norma ao caso concreto, ao mesmo tempo em que se atribui à doutrina a importante tarefa de fornecer o necessário balizamento hermenêutico.

---

<sup>11</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário. Crítica ao anteprojeto do Código Civil. *RF* nº 242/ 21-22, abr.-jun. 1973.

<sup>12</sup> PINTO FERREIRA, em “Comentários à Nova Constituição Brasileira” (apud TEPEDINO. op. cit. p. 308), fornece dados impressionantes: “As multinacionais controlam 401.752 km2 do solo nacional, numa área equivalente aos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Santa Catarina.”

Uma vez que o Código de 2002 não trouxe em seu corpo normas definidoras de valores e parâmetros hermenêuticos, às quais poderia recorrer o intérprete na sua atividade de estabelecer o real alcance e significado da norma em debate, torna-se imprescindível que este promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e princípios fundantes da ordem pública<sup>13</sup>.

Assim, a leitura dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 deverá ser feita à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF), do direito de moradia, agora incluído expressamente no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal, como direito social, sem nos esquecermos dos fundamentos constitucionais da função social da propriedade (arts. 5º, inciso XXIII; 170, incisos II e III; 182, § 2º; e 186, incisos I a IV).

Revela-se imprescindível que a natureza jurídica do instituto seja bem definida, uma vez que este apresenta pontos em comum com a desapropriação e com a usucapião, sendo identificado por alguns autores como expropriação privada ou desapropriação judicial. Já temos na doutrina significativa controvérsia a respeito do tema.

Sustenta-se que o art. 1.228, em seus §§ 4º e 5º, traz uma novidade legislativa que na prática representa um efeito da teoria sociológica da posse, que ressalta a importância da posse-trabalho, derivada da função social da propriedade. Estabelece o dispositivo a perda da propriedade para aquele que não exerce o direito em harmonia com as exigências impostas pela função social atribuída à propriedade. Beneficiam-se, por outro lado, aqueles que desempenham uma posse qualificada, ou seja, a posse-trabalho. Defende-se que não se trata de desapropriação de iniciativa do poder público, prevista na CF, nem de hipótese de usucapião. Trata-se, isto sim, do direito à aquisição de propriedade imóvel com base na posse social, desde que estejam presentes os seguintes requisitos: extensa área de terra, sendo esta uma cláusula aberta; posse ininterrupta por mais de cinco anos; que essa posse seja coletiva, exercida por considerável número de pessoas, hipossuficientes ou não; que seja uma posse de boa-fé, assim entendida em seu aspecto subjetivo, ou seja, no sentido de que os possuidores ignoram o vício possessório; e, por fim, que além da boa-fé, haja posse social, ou seja, que os possuidores, em conjunto ou separadamente, tenham realizado na área expropriada obras ou serviços considerados, pelo julgador, de relevante interesse social ou econômico (por exemplo, acessões e benfeitorias).

---

<sup>13</sup> O tema é bem explorado por Gustavo Tepedino em “A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional” (Rio de Janeiro, Renovar, 2002).

Zavascki defende, no entanto, que não se trata de uma forma de expropriação, assemelhando-se, antes, a uma forma de usucapião:

A desapropriação é ato de natureza administrativa e, no caso, o ato do juiz é tipicamente jurisdicional: ele simplesmente resolve um conflito de interesses entre particulares, decidindo num sentido ou em outro, segundo sejam atendidos ou não os pressupostos legais. O juiz não poderá desapropriar sem que os interessados o peçam expressamente, até porque eles é que sofrerão os ônus correspondentes de pagar o preço e serão eles, e não o Poder Público, que adquirirão a propriedade. O Estado sequer é parte no processo, atuando nele como órgão jurisdicional. Se fôssemos comparar com algum instituto já formado e sedimentado em nosso sistema, haveríamos de fazê-lo, não com o da desapropriação, mas com o da usucapião. Pelos seus requisitos (“posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos”) assemelha-se à usucapião, com a única diferença de que, para adquirir a propriedade, os possuidores-usucapiantes ficam sujeitos a pagar um preço. Ou seja: é espécie de usucapião onerosa. Todavia, comparações à parte, o que o novo instituto faculta ao juiz não é desapropriar o bem, mas sim converter a prestação devida pelos réus, que de específica (de restituir a coisa vindicada), passa a ser alternativa (de indenizá-la em dinheiro). Nosso sistema processual prevê várias hipóteses dessa natureza, notadamente em se tratando de obrigações de fazer e de obrigações de entregar coisa.<sup>14</sup>

Marco Aurélio Bezerra de Melo apresenta entendimento contrário, salientando que:

Inova o Código com essa previsão de relevante interesse social, mormente para grandes cidades e em áreas de notória ocupação, servindo por um lado para amenizar a angústia dos sem-teto e, ao mesmo tempo, servir como permanente estímulo a que o proprietário dê à terra a sua inarredável função social. Similar à usucapião coletiva prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), a previsão legal se diferencia entre outros motivos analisados no capítulo referente à usucapião, pois o parágrafo quarto não assegura aos possuidores a propriedade do bem, apenas estabelece que o proprietário ficará privado da mesma se os indigitados possuidores demonstrarem que a ocupação quinquenal é de relevante interesse social e econômico.

---

<sup>14</sup> ZAVASCKI, Teori. op. cit.

Nos servimos da palavra expropriação, pois prevê o parágrafo quinto a fixação de uma justa indenização em dinheiro que uma vez paga ao proprietário, autorizará os possuidores a registrarem o imóvel em seu nome, mediante carta de sentença expedida para tal fim, fato similar ao que acontece na desapropriação realizada pelo Poder Público [...]. A nova previsão legal se assemelha demais com a usucapião, mas com a mesma não se confunde. Como sabido, não existe possibilidade de usucapião sem a presença do elemento subjetivo *animus domini* [...] e se observarmos atentamente, constataremos que o artigo não exige o referido requisito. Se para alguns, o referido requisito já está implícito na norma quando esta exige que se tenha realizado no imóvel obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, difícil é ultrapassar a possibilidade que a lei cria, para por fim ao conflito, de pagamento do preço<sup>15</sup>.

Quanto ao requisito da posse de boa-fé, cumpre observar que, em princípio, nenhum invasor é possuidor de boa-fé, já que todo invasor sabe ou deveria saber, principalmente se tiver alguma instrução, que se está utilizando de um bem sobre o qual não tem título jurídico. No entanto, é possível, especialmente em casos de comunidades carentes, desprovidas de cultura e de meios materiais, alegar a existência de posse de boa-fé, com base, justamente, nas condições socioeconômicas dos interessados, e no direito social de moradia (art. 6º, CF).

Cumpre observar que, durante a Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, foi aprovado o Enunciado nº 83, estabelecendo que “nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil.” Verifica-se, portanto, que o Enunciado restringe a aplicação do permissivo apenas a litígios entre particulares. Não se justifica, no entanto, tal restrição. Em que pese seja vedada a usucapião de imóveis públicos (arts. 183, § 3º e 191, § único, CF; Súmula nº 340 do STF e artigo 102 do código Civil), o instituto em destaque não se confunde com a usucapião. Deve ser lembrado que a expropriação privada tem como finalidade preservar o cânone constitucional da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII, CF), princípio que deve prevalecer ainda quando violado pelo próprio Poder Público, que deve zelar pelo cumprimento das

---

<sup>15</sup> BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. *Novo Código Civil Anotado*. Vol. V: Direito das Coisas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 57-58.

normas que estabelece. Assim, comungamos com o entendimento de Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>16</sup>, pelo qual mostra-se viável tal defesa, ainda quando o Poder Público é autor da ação reivindicatória.

Durante a mesma Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, foi também aprovado o Enunciado nº 84, estabelecendo que “a defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”. Em outras palavras, diz-se que esse direito de aquisição da propriedade com base no interesse social, que deve ser argüido pelos próprios réus, só se materializaria com o pagamento da indenização, não através do Poder Público, e sim pelos próprios réus, ou seja, é a comunidade que deverá pagar o preço.

O preço, como estabelece o § 5º do art. 1.228, será fixado pelo Juiz, que não poderá levar em conta, na sua fixação, eventuais acessões e benfeitorias realizadas pelos invasores.

A sentença que julga improcedente a reivindicatória reconhece o direito de propriedade dos réus. A sentença, no entanto, não transfere a propriedade, devendo ainda ser realizado o pagamento do preço e feito o devido registro.

#### 4. Conclusão

É cediço que a aquisição de direitos pode ser originária ou derivada, caracterizando-se a primeira quando o direito nasce para o titular no momento em que este se apropria do bem de maneira direta, sem interposição ou transferência de outra pessoa. É o caso, por exemplo, da ocupação de uma coisa sem dono (*res nullius*) ou de uma coisa abandonada (*res derelicta*), e da avulsão (CC, arts. 1.248, III, e 1.251), situação em que, por força natural violenta, uma porção de terra se destaca de um prédio para se acrescer a outro. Por outro lado, aquisição derivada é aquela em que ocorre a transmissão do direito de uma pessoa para outra, existindo uma relação jurídica entre o anterior e o atual titular do direito transmitido. Por exemplo, a compra e venda de uma casa cuja escritura pública foi transcrita no Registro Imobiliário da circunscrição<sup>17</sup>.

Pode-se defender que no caso em debate temos aquisição originária do direito de propriedade pelos possuidores, eis que se dá sem que haja participação volitiva do anterior proprietário, apesar do pagamento do preço.

<sup>16</sup> BEZERRA DE MELO. op. cit. p. 58-59.

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 1º Volume: Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Editora Saraiva. p. 344.

A vantagem em se considerá-la originária é a possibilidade de se apagarem todos os ônus e eventuais gravames anteriormente constituídos sobre o direito anterior, sendo certo que o direito passará livre e desembaraçado para o patrimônio dos possuidores.

Outra questão a ser enfrentada, esta referente ao Direito intertemporal, pode ser colocada nos seguintes termos: qual o termo inicial da contagem do prazo necessário à obtenção desse direito, supondo-se que a posse social exercida sobre o imóvel iniciou-se antes da entrada em vigor do novo CC?

O prazo estabelecido no § 4º do artigo 1.228 é de cinco anos. No entanto, as disposições transitórias, nos artigos 2.029 e 2.030, acrescem tal prazo em mais dois anos.

Se assumirmos que o direito em questão é direito novo, o prazo conta-se a partir da entrada em vigor do novo Código, não se aproveitando o tempo decorrido anteriormente, até para não surpreender o proprietário. Assim, de acordo com este entendimento, se a posse iniciou-se antes da vigência do Código Civil, o prazo de sete anos deve ser contado a partir de janeiro de 2003.

No entanto, há autores que admitem o aproveitamento do tempo de posse transcorrido antes do advento da nova Lei<sup>18</sup>. A matéria, certamente, ainda comporta maiores discussões.

Estas são as nossas breves considerações a respeito de um tema que está por merecer a atenção de nossos estudiosos civilistas, haja vista a relevância e o sem-número de questionamentos que envolvem a matéria.

---

<sup>18</sup> DINIZ. op. cit. p. 344

## 5. Bibliografia

BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. *Novo Código Civil Anotado*. Vol. V: Direito das Coisas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 1º Volume: Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Editora Saraiva.

DUGUIT, Leon. El derecho subjetivo y la función social. In: *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Trad. Carlos Posada. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 1975.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Reflexões sobre mudanças ocorridas no novo Código Civil, no condomínio e na propriedade. *Informativo Incijur* n. 38/12, set. 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: Situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1986.

SENADO FEDERAL. *O Projeto do Código Civil no Senado*. Brasília: 1998. T. II.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Crítica ao anteprojeto do Código Civil*. RF nº 242/ 21-22, abr.-jun. 1973.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 305.

\_\_\_\_\_. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VARELA, Laura Beck. A Tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAVASCKI, Teori. A Tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.





# SOBERANIA E CORTES INTERNACIONAIS

**Luis Eduardo Bianchi Cerqueira**

Juiz Federal do 1º Juizado Especial de Resende;

Mestre em Direito Internacional e Integração Econômica

pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

## RESUMO

Uma das características mais evidentes da nova ordem jurídica internacional é o surgimento de inúmeras instâncias extranacionais para julgamento de indivíduos e Estados. A alienação dos poderes soberanos de jurisdição tem origem remota no fim da Primeira Guerra Mundial e gênese mais próxima no Tribunal de Nuremberg. O mencionado tribunal militar de exceção, em que pese haver ultrapassado o recorde mundial de violação de direitos dos acusados - até hoje, mantido -, é o marco institucional da evolução da proteção internacional dos direitos humanos. De igual modo, o pós-guerra observou o abandono de concepções mais estritas de soberania, a ponto de permitir a submissão de Estados a instâncias julgadoras internacionais.

## PALAVRAS-CHAVE

Soberania. Direitos humanos. Cortes internacionais.

## SUMÁRIO

1. Introdução 2. A Excepcionalidade da Alienação do Poder Jurisdicional em Matéria Penal 3. Origens da Exceção 4. O Tribunal de Nuremberg 5. Alquimia Jurídica: Transformando um Tribunal Militar de Exceção em um Marco dos Direitos Humanos 6. Um Filho de Nuremberg: O Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia 7. O Tribunal Penal Internacional para Ruanda 8. A Corte Especial para Serra Leoa 9. O Tribunal Penal Internacional 10. Jurisdição Exorbitante 11. O Julgamento dos Estados e a Soberania Nacional 12. Conclusão 13. Bibliografia

## 1. Introdução

Poucos temas têm sido tão debatidos, no seio da nova ordem jurídica internacional, como a transferência de soberania dos Estados Nacionais para a constituição de cortes internacionais.

Não é por acaso. Uma das principais características do poder soberano é a capacidade de administrar a justiça, no território onde impera. Portanto, dentro de uma

visão mais tradicionalista do Direito Internacional, a sujeição do Estado ou de seus cidadãos a um outro corpo jurisdicional, que não o seu próprio, assume ares de excepcionalidade.

Ocorre que tal situação tem se repetido, com alguma frequência, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, com maior intensificação nos últimos 30 anos, a ponto de converter-se o excepcional em institucional - especialmente, em relação aos Estados, no bojo dos blocos regionais e no interior de certas organizações internacionais. Em relação aos indivíduos, exceções à regra do julgamento por corpos jurisdicionais nacionais já começam a surgir, mormente, quando a matéria de fundo diz respeito a alegadas violações aos direitos humanos.

O presente trabalho pretende traçar um panorama das diversas espécies de alternativas à jurisdição nacional, apontando a origem do fenômeno e relacionando-as à erosão da soberania nacional dos tempos de globalização.

## 2. A Excepcionalidade da Alienação do Poder Jurisdicional em Matéria Penal

A análise pode bem começar pela sujeição dos indivíduos a foros internacionais, visto que, nessa hipótese, não se defronta o estudioso com o paradoxo da sujeição de uma soberania a outras, algo bastante mais complexo.

Ora, sob determinadas circunstâncias, é considerado algo normal que um indivíduo de uma dada nacionalidade venha a ser julgado por um tribunal estrangeiro. Ou ainda, que indivíduos ou empresas de um dado país venham a ter suas causas decididas por uma corte arbitral ou por um juiz de um outro Estado nacional, ou, ainda, que a lei desse outro Estado venha a ser aplicada ao caso concreto.

No que toca à aplicação da lei estrangeira e na esfera penal, por exemplo, o Código Penal Brasileiro adotou o Princípio da Territorialidade como regra e os Princípios da Nacionalidade, da Defesa, da Justiça Penal Universal e da Representação, como exceções<sup>1</sup>, no tocante à lei penal aplicável. Isso se deve ao monopólio do *jus puniendi*, normalmente, um apanágio do Estado Soberano. Assim, em relação ao direito material, excepcionalmente, é possível a sujeição de um nacional a um direito penal emanado de outro Estado.

No que toca, porém, ao julgamento de um nacional por um tribunal penal externo, sem que o nacional esteja residindo naquele Estado estrangeiro, a situação torna-se bastante mais complicada, porque seria necessária a homologação da sentença estrangeira. Mas a sentença penal estrangeira só pode ser homologada no Brasil, para fins

---

<sup>1</sup> JESUS, 1985. p. 106-107.

de medidas de segurança e de condenação à reparação do dano, nos termos do artigo 9o do Código Penal. O primeiro caso, com nítida intenção cautelar, o segundo, muito mais afeito à área cível.

Na hipótese do nacional que resida no exterior e lá pratique uma conduta tipificada criminalmente, nesse caso, não se está diante de qualquer relativização dos poderes de soberania, pois o Estado estrangeiro a estará exercendo, em toda a sua plenitude. De forma recíproca, é exatamente o que se espera que o Brasil faça, em situação similar.

Entretanto, a questão toma contornos mais interessantes quando se trata daqueles casos em que o nacional pode vir a ser julgado por um tribunal penal internacional. Sem embargo, o Brasil assinou em 7/2/2000 o Tratado de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional. Esse tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 112, de 6/6/2002), sendo o instrumento de ratificação depositado, pelo Governo Brasileiro, em 20/6/2002, passando o Estatuto do Tribunal Penal Internacional a entrar em vigor, para o Brasil, em 1º/9/2002. O Estatuto foi promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25/9/2002, e publicado no Diário Oficial da União de 26/9/2002 <sup>2</sup>.

### 3. Origens da Exceção

As origens mais remotas desse tipo de tribunal internacional, destinado a apurar as responsabilidades de agentes públicos, quando há a suspeita da ocorrência de determinadas condutas anti-sociais de extrema gravidade e repercussão, encontram-se no final da Primeira Guerra Mundial. Sem embargo, logo após o armistício de 1918, as potências aliadas formaram comissões para a punição dos ditos “*agressores*”, por crimes de guerra<sup>3</sup>. A grande ironia da capitulação “*crimes de guerra*”, historicamente, é a de que tais condutas somente são produzidas pelos derrotados na conflagração.

Sem embargo, inexistia, à época, qualquer referência no Direito Positivo à responsabilidade pelos atos de guerra. Desse modo, também não existiam as sanções previamente estabelecidas. De igual maneira, não havia qualquer base legal para punir aquelas autoridades que não haviam cometido diretamente aquelas condutas que se reputavam criminosas - ainda que sem definição em lei anterior<sup>4</sup>. Na verdade, buscava-se uma condenação pelos atos políticos do Imperador Guilherme II, do Império Alemão. Ocorre

---

<sup>2</sup> GONÇALVES, 2004. p. 365

<sup>3</sup> Ibid. p. 31-32. Observa o doutrinador que as comissões russa e britânica foram investidas, desde já, de poderes jurisdicionais, enquanto que a comissão belga e a francesa limitaram-se a atuar na produção dos inquéritos, porque entendia-se, naqueles países, inexistir arcabouço jurídico para as incriminações e competência para julgar delitos cometidos fora de seus territórios.

<sup>4</sup> Ibid. p. 32-33.

que o mencionado suserano, afastado do poder e exilado na Holanda - cuja família real era aparentada à sua -, não teve a extradição concedida pelo país hospedeiro<sup>5</sup>, com base em duas alegações principais: primeiro, como o Tratado de Versailles possuía um caráter contratual, não podia obrigar quem dele não fez parte; segundo, o tipo de infração que teria sido cometida pelo Kaiser - política, não jurídica - não constava de qualquer tratado de extradição assinado pela Holanda<sup>6</sup>.

Por fim, contentaram-se os vencedores em julgar os alegados criminosos de guerra, segundo listas formuladas pelos aliados, denominadas pelos alemães de “*Listas do Ódio*”. Inicialmente, seriam 900 nomes, o que foi, posteriormente, reduzido para 45, basicamente oficiais subalternos - os quais foram julgados pelo Tribunal de Leipzig, especialmente criado para esse fim. Todos receberam penas leves, e dois fugiram da prisão em curto espaço de tempo<sup>7</sup>.

No período entre-guerras, a Convenção de Genebra, de 27/7/1929, estipulava que a repressão às condutas contrárias às suas disposições estaria a cargo do direito interno dos Estados soberanos. O Tratado de Washington, por sua vez, que tratava do crime de pirataria, previa que os infratores fossem julgados pelo Estado captor, mas entrou em vigor para poucos países. Por fim, o Protocolo de Genebra, de 17/7/1925, o qual proibia o emprego na guerra de gases asfixiantes, tóxicos ou similares, bem como de meios bacteriológicos, foi um diploma que teve relativo sucesso, inclusive, no curso da Segunda Guerra Mundial. Mas nenhum desses diplomas, que cuidavam da conduta em guerra, previa um julgamento internacional dos acusados<sup>8</sup>.

Entretanto, nesse período, fez-se uma tentativa de sancionar tais infrações ao direito de guerra, através da limitação da soberania dos Estados, por três meios distintos: a criação de organismos internacionais, com poder para impor a sua vontade sobre os Estados e exigir o cumprimento dos regulamentos internacionais por aqueles - a Sociedade das Nações e a Corte Internacional de Justiça -; a criação de tratados regionais, como

---

<sup>5</sup> HEYDECKER; LEEB, 1966. p. 75. *Verbis*: “Depois da Primeira Guerra Mundial as potências vencedoras tinham exigido no Tratado de Versalhes ‘a entrega dos criminosos de guerra alemães’ para que pudessem ser levados ao estrangeiro perante um tribunal militar internacional. A lista compreendia muitos milhares de nomes, começando pelo imperador Guilherme II, e na letra G, se queremos anotar o facto como uma ironia da história, lia-se o nome do aviador de guerra Hermann Goering. A Holanda negou-se, em 1920, à extradição do imperador. O governo alemão declarou que seria derrubado e provocaria uma revolução se realmente tivesse que proceder à detenção das personalidades alemães que figuravam na lista. Como solução, propuseram levar alguns dos casos expostos pelos Aliados perante o Tribunal do Reich. Com efeito, em Leipzig, foram discutidos de Maio até Julho de 1921 doze processos de criminosos de guerra. Os países estrangeiros mostraram a sua mais profunda indignação quando seis réus foram absolvidos e os restantes, condenados a penas mínimas. Cedo se esqueceram daqueles processos. No ano de 1945, os Aliados não tinham a mínima intenção de que aquela comédia se tornasse a repetir.”

<sup>6</sup> GONÇALVES. op. cit. p. 33.

<sup>7</sup> *Ibid.* p. 36.

<sup>8</sup> *Ibid.* p. 39-41.

o Pacto de Locarno; e a conclusão de um acordo que impedisse o acesso à guerra pelos Estados, o Pacto Briand-Kellog. Mas nenhum desses instrumentos criava a possibilidade de julgamento internacional, do mesmo modo, apesar de o Protocolo de Genebra de 1924 ter igualado a guerra de agressão a um crime internacional, estabelecendo o princípio da arbitragem obrigatória - perante a Corte Permanente de Justiça Internacional ou perante o Conselho da Sociedade das Nações -, na hipótese de conflitos políticos<sup>9</sup>.

No que toca ao direito material, no período entre-guerras, inexistia qualquer diploma que previsse penas contra a prática da guerra de agressão, posta fora da lei - com poucos efeitos práticos, é verdade - pelo Pacto Briand-Kellog. Somente o artigo 16 do Pacto da Sociedade das Nações fazia referência a sanções políticas ou econômicas a Estados, sem prever sanções individuais<sup>10</sup>.

A primeira tentativa de instituição de uma corte internacional de natureza penal foi a do Barão de Decamps, responsável pela redação de um projeto de estatuto para a Corte Permanente de Justiça Internacional, tendo sido rejeitada pela Assembléia da Sociedade das Nações a proposta dessa Corte Internacional Penal independente, sob o argumento de violação ao Princípio da Legalidade. A mesma rejeição, e sob o mesmo fundamento, ocorreu na nova tentativa de instituição de um corpo judicial internacional penal, durante o Congresso de Bruxelas, de 1926 <sup>11</sup>. Um passo inicial foi dado com a Convenção de Genebra de 1937, limitando-se, porém, a atuação da corte internacional a atos de terrorismo, assim mesmo em caráter facultativo. Ocorre que a dita convenção jamais foi ratificada<sup>12</sup>. É nesse contexto legal, que surge o exemplo mais representativo de tribunal internacional penal até hoje formado: o Tribunal de Nuremberg.

#### 4. O Tribunal de Nuremberg

Assim, ainda que não existisse a previsão de uma corte penal internacional nem a previsão de penas e sem que houvesse qualquer tipificação das condutas consideradas criminosas, formou-se um tribunal temporário internacional, sem tratado ou convenção previamente concertado, que passou a processar e julgar indivíduos de dada nacionalidade, substituindo-se ao Poder Judiciário local.

O grande interesse jurídico despertado pelo Tribunal de Nuremberg reside, exatamente, no seu total desrespeito à soberania nacional, em uma época na qual esse

---

<sup>9</sup> Ibid. p. 41-44.

<sup>10</sup> Ibid. p. 53.

<sup>11</sup> Ibid. p. 54-55.

<sup>12</sup> Ibid. p. 56.

conceito tinha força e não se dizia relativizado. Ao contrário dos julgamentos de Leipzig, não se limitou a processar e julgar funcionários subalternos, mas também dirigentes políticos e militares com poder real de decisão. Mais ainda: prescreveu penas graves - como a pena de morte.

Mais ainda, foi um dos poucos casos na História no qual um tribunal criou todo um direito: o Direito de Nuremberg<sup>13</sup>.

O dado mais curioso do Tribunal de Nuremberg, para os fins deste trabalho, porém está na evidência de que a soberania é um atributo que não deixa de existir quando um Estado encontra-se fragilizado e perde poder na comunidade internacional. Ela simplesmente flui para alguma direção, podendo o feixe de poderes que a caracteriza dissipar-se entre diferentes sujeitos. Sempre que alguém (internamente) ou algum Estado (externamente) perde algum poder do rol que caracteriza a soberania, isto significa que alguém ou algum Estado o assumiu, já que o poder não deixa de existir.

Se a Alemanha, no fim da Segunda Guerra Mundial, perdeu a capacidade de conduzir os seus próprios destinos e teve a sua integridade territorial atingida, não pôde sequer processar e julgar os seus nacionais acusados de crimes de guerra, por outro lado, esses poderes passaram a ser exercidos por outros Estados. Basta que se veja as zonas de ocupação (Estados Unidos, França, Reino Unido e União Soviética), por exemplo. Nessas áreas atribuídas a outros poderes soberanos, tais potências exerceram a autoridade máxima.

A maior demonstração de que a soberania, como conceito, não foi relativizada com o Tribunal de Nuremberg está no exercício dessa soberania pelos outros Estados ocupantes, inclusive à revelia de qualquer norma jurídica, nacional ou internacional.

Já em 1º/11/1943, com a Declaração de Moscou, ficou previamente definido pelas três principais potências envolvidas no conflito com a Alemanha que os “principais criminosos de guerra”, “cujos delitos não tenham definição geográfica particular”, seriam “castigados” por “decisão comum dos governos aliados”<sup>14</sup>. E assim o foram.

De fato, essa assunção da autoridade suprema não se deu apenas sob o aspecto fático, mas também de forma, aparentemente, jurídica. Isso pode ser constatado pelos termos da Declaração de Capitulação de 5/6/1945, a qual se refere à “tomada da autoridade suprema neste país (Alemanha) pelos governos dos EUA, da França, do Reino Unido e da URSS”. Mais explícito que isso, impossível. Tal declaração, no artigo 11, estabelecia as obrigações da Alemanha, no que se referia aos “criminosos de guerra”.

---

<sup>13</sup> TREDINNICK, 2005, p. 100.

<sup>14</sup> GONÇALVES. op. cit. p. 70.

A alínea “c” desse artigo, por seu turno, era especificamente dirigida às autoridades e ao povo alemão, no sentido de que deveriam submeter-se a todas as diretivas estabelecidas pelos aliados para o objetivo de detenção dos principais dirigentes nazistas suspeitos de terem cometido crimes de guerra.

O Tribunal de Nuremberg, entre suas tantas outras especificidades, caracterizou-se pelo fato de ser um tribunal militar. Sem embargo, tal qualificação já constava do artigo 1º do Acordo Relativo à Perseguição e Julgamento dos Grandes Criminosos de Guerra das Potências Européias do Eixo, sendo que o estatuto do tribunal militar formado foi um mero anexo do dito acordo internacional, cujas partes foram, unicamente, o Governo Provisório Francês, os Estados Unidos, o Reino Unido e a União Soviética. O tribunal foi composto por quatro juízes e quatro suplentes, todos indicados pelas potências signatárias, em número igual, com consta do artigo 2º do estatuto.

Um dado interessante do estatuto está no artigo 3º, porque lá havia menção à impossibilidade de recusa do tribunal, dos juízes e dos seus suplentes, por parte do Ministério Público, dos acusados e de seus defensores. Ou seja, o tribunal era de jurisdição inafastável, em que pese o fato de os países, dos quais os acusados eram nacionais, não terem sido partes do acordo que instituiu a corte.

O dispositivo de maior importância contido no estatuto, porém, é o 6º. Esse artigo influenciou todos os outros casos de jurisdição universal, no campo humanitário, porque foi a primeira tentativa de positivação dos crimes que possibilitariam a desconsideração do Princípio da Soberania, para permitir a instituição de um tribunal internacional<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Disponível em: <http://www.icrc.org/dih.nsf/WebPrint/350-FULL?OpenDocument>. Acesso em 23/11/2005. O texto do artigo 6º merece menção, *verbis*: “Le Tribunal établi par l’Accord mentionné à l’article 1er ci-dessus pour le jugement et le châtement des grands criminels de guerre des pays européens de l’Axe sera compétent pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l’Axe, auront commis, individuellement ou à titre de membres d’organisations, l’un quelconque des crimes suivants. Les actes suivants, ou l’un quelconque d’entre eux, sont des crimes soumis à la juridiction du Tribunal et entraînent une responsabilité individuelle: (a) ‘Les Crimes contre la Paix’: c’est-à-dire la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d’une guerre d’agression, ou d’une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l’accomplissement de l’un quelconque des actes qui précèdent; (b) ‘Les Crimes de Guerre’: c’est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l’assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour le travail forcé ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l’assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l’exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires; (c) ‘Les Crimes contre l’Humanité’: c’est-à-dire l’assassinat, l’extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu’ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime. Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l’élaboration ou à l’exécution d’un plan concerté ou d’un complot pour commettre l’un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tout les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan”.

Quanto aos crimes definidos pelo artigo 6º, há uma distinção quanto às fontes. Os crimes contra a paz e os crimes de guerra, mal ou bem, já tinham um início de positivação em tratados internacionais, como já se observou. Um exemplo é o Pacto Briand-Kellog. Entretanto, os crimes contra a humanidade jamais haviam sido previstos em qualquer diploma internacional, até porque a existência de uma “humanidade” pressupõe a crença em uma igualdade mínima entre todos os seres humanos, o que, ideologicamente, não tinha muita aceitação até o fim da Segunda Guerra Mundial, apesar de as declarações formais nesse sentido virem desde o século XVIII.

Aprópria idéia de “crime contra a humanidade” era tão controversa, à época do julgamento, que só foram feitas acusações nesse sentido, quando tais delitos eram alegadamente praticados em conexão com crimes contra a paz ou crimes de guerra<sup>16</sup>.

O fato é que o Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg apresenta um desconcertante paradoxo: foi um instrumento de vingança das potências vencedoras da conflagração, em que somente se buscou o julgamento e a punição dos alegados criminosos dos países do Eixo<sup>17</sup>, segundo crimes que não haviam sido previamente estabelecidos por lei, através de um tribunal militar excepcional; onde o direito de defesa foi previamente cerceado; com a proibição de algumas alegações (incompetência - artigo 3º; escusa absoluta de estrito cumprimento do dever legal ou obediência a ordem superior - artigos 7º e 8º, por exemplo); seguiu-se um rito estabelecido por encomenda para o julgamento, sem prévia definição, entre outras atrocidades jurídicas.

Todavia, caso não houvesse sido estabelecido tal precedente, não haveria a base legal para o estabelecimento dos tribunais internacionais da década de 90, fato que faz parte da caracterização da atual ordem jurídica internacional.

Com efeito, além de servir de molde para o Tribunal de Tóquio, cujo estatuto foi mera cópia do seu, a previsão dos crimes de guerra e contra a humanidade, constante do artigo 6º do estatuto, anexo ao tratado firmado entre as quatro potências vencedoras, é a principal fonte de Direito Internacional, que tem permitido, apenas para

---

<sup>16</sup> MELLO, 1997. p. 431.

<sup>17</sup> HEYDECKER; LEEB. op. cit. p. 76. Os próprios aliados, durante as conversações de Londres, segundo relato de Robert Jackson, discutiram abertamente como reagir a determinados argumentos, de tal modo relevantes que poderiam destruir a credibilidade do tribunal, *verbis*: “Quatro anos mais tarde Jackson publicou o relato secreto das reuniões de Londres. Apresenta nele ‘as diferenças de opiniões’ das quais ninguém por aquela altura estava informado: 1. Que atitude há de tomar o Tribunal quando o defensor alemão insistir em que também outros países realizaram guerras agressivas e cometeram crimes de guerra? 2. Podem ser julgados e condenados homens que não cometeram nenhum acto criminal? Acaso os políticos dos países que se sentam hoje como juizes não poderão algum dia, segundo este mesmo direito, serem chamados a prestar contas? 4. Que atitude se deve adoptar com respeito aos ataques aéreos contra populações civis indefesas? Porém Jackson teve a suficiente habilidade para encaminhar a discussão para o terreno que mais lhe convinha e deixar de lado todos os temores dos seus companheiros de reunião.”



exemplificar, a condenação de genocidas em conflagrações mais recentes, como ocorreu no caso do Tribunal Internacional de Ruanda.

Como se deu a absorção da tipificação daqueles crimes, previstos no estatuto em questão, pelo Direito Internacional, uma vez que havia sido feita, exclusivamente, para aplicação em um caso concreto e por um tribunal militar de exceção?

Esta resposta pode ser dada pela leitura do artigo 1º da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, que entrou em vigor em 11/11/1970<sup>18</sup>. Ou seja, tão logo se encerrou o conflito, a Assembléia Geral das Nações Unidas confirmou as tipificações feitas no Estatuto do Tribunal de Nuremberg, através das Resoluções nº 3 (de 13/2/1946), 95 (de 11/12/1946) e 96 (também de 11/12/1946). Com essa espécie de ratificação, o que era desenhado para um caso concreto foi adaptado, pela ordem jurídica internacional, como fonte jurídica de todo um Direito Internacional Penal nascente.

Sem embargo, a Resolução nº 3, da Primeira Assembléia Geral das Nações Unidas, tratava da extradição e punição dos criminosos de guerra, fazendo referência à Declaração de Moscou, de 1943; às Declarações de 13/1/1942 e 18/12/1942, e à Convenção da Haia, de 1907, sobre Leis e Costumes da Guerra. Contudo, o que chama mais atenção é o fato de referir-se, diretamente, à definição dos crimes de guerra, crimes contra a paz e contra a humanidade do Estatuto do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, datado de 8/8/1945<sup>19</sup>. A Resolução conclamava os membros das Nações Unidas a prender os criminosos de guerra evadidos e remetê-los aos países onde os seus delitos teriam sido cometidos, para serem processados e julgados. Não se pode esquecer, à época, de que os dois primeiros homens da hierarquia alemã ainda estavam sendo procurados: desconheciam-se o destino de Adolf Hitler e de Martin Borman. Quanto ao segundo, até hoje não se sabe de seu paradeiro ao fim da guerra, tendo sido julgado à revelia em Nuremberg.

---

<sup>18</sup> Disponível em: <[http://www.ohchr.org/french/law/crimes\\_de\\_guerre.htm](http://www.ohchr.org/french/law/crimes_de_guerre.htm)>. Acesso em 23/11/2005. Assim foi redigido o dispositivo, *verbis*: “Article premier. Les crimes suivants sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis: a) Les crimes de guerre, tels qu’ils sont définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de l’Assemblée générale de l’Organisation des Nations Unies, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946, notamment les ‘infractions graves’ énumérées dans les Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre; b) Les crimes contre l’humanité, qu’ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix, tels qu’ils sont définis dans le Statut militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de l’Assemblée générale de l’Organisation des Nations Unies, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946, l’éviction par une attaque armée ou l’occupation et les actes inhumains découlant de la politique d’appartheid, ainsi que le crime de génocide, tel qu’il est défini dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, même si ces actes ne constituent pas une violation du droit interne du pays où ils ont été commis.”

<sup>19</sup> Disponível em: <[www.un.org](http://www.un.org)>. Acesso em 02 dez. 2005. Acerca da referência explícita, *verbis*: “[...] taking note of the definition of war crimes and crimes against peace and against humanity contained in the Charter of the International Military Tribunal dated 8 August 1945 [...]”.

A Resolução nº 95, por sua vez, afirmou explicitamente os princípios contidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, sugerindo ao Comitê, criado para redigir uma codificação de Direito Internacional, considerar questão de interesse capital os princípios reconhecidos no Estatuto da Corte de Nuremberg, nos projetos visando à formulação de uma codificação geral dos crimes contra a paz e a segurança da humanidade ou de um Código Penal Internacional.

Ou seja, não só se dava legitimidade à tipificação feita nos estatutos de uma corte de exceção, como se determinava a adoção de tais princípios - aplicados, inicialmente, a um caso específico - a todos os casos futuros, mediante a adoção de uma codificação internacional. Ou seja, com a chancela das Nações Unidas, o que se pretendeu com a mencionada declaração foi o estímulo à criação de normas jurídicas internacionais, positivadas, que viessem a tornar os julgamentos de violadores de direitos humanos imunes a críticas, no tocante ao respeito aos próprios direitos humanos dos acusados. Implicitamente, trata-se de um reconhecimento de que tais direitos não foram respeitados, ao menos em sua plenitude, pelo tribunal militar. Entretanto, doravante, o tratamento jurídico dado a esses casos seria outro.

Finalmente, a Resolução nº 96 tratou de definir melhor a situação do crime de genocídio, uma vez que o Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg apenas o menciona, sem entrar em maiores detalhes. A principal afirmação dessa resolução é a de que o crime de genocídio é matéria que interessa à Humanidade - o que, em um raciocínio direto, implica dizer ser legítima a jurisdição universal para processar e julgar tais condutas, em negação à jurisdição nacional. Mesmo que a lei nacional, em dada situação histórica, admita o crime, ele é punível através de cortes internacionais.

Mais uma vez, a Assembléia Geral das Nações Unidas preocupou-se em legitimar os procedimentos que vinham sendo tomados em Nuremberg e em Tóquio, recomendando a criação de normas internas e de uma convenção internacional para tratar do tema. Justifica a excepcionalidade da jurisdição universal, no caso do crime de genocídio, porque este resulta em grandes perdas para a Humanidade, inclusive em termos culturais, sendo a negação do direito à existência de grupos humanos inteiros.

Uma das grandes ironias desse momento histórico é que tais resoluções, de conteúdo forte e inovador, não sofreram qualquer óbice em sua aprovação na Assembléia Geral, nem mesmo o temível veto dos membros permanentes do Conselho de Segurança, entre os quais, a União Soviética de Stalin, cujas cifras de extermínio de seres humanos chamam a atenção por se situarem na escala dos milhões, além dos Estados Unidos, que lançaram mão do uso de armas de destruição em massa contra populações civis, tendo aniquilado Hiroshima e Nagasaki com o intuito de evitar o prolongamento das hostilidades em uma desgastante guerra de guerrilhas nas cidades japonesas.

De igual modo, foram aprovadas por potências coloniais como o Reino Unido e a França, que mantinham relação de exploração com outros povos, negando-lhes o direito à autodeterminação, previsto na Carta das Nações Unidas. O fato é que toda essa movimentação no bojo das Nações Unidas limitou-se à indireta legitimação dos julgamentos dos ditos criminosos do Eixo, nos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, sem uma palavra sequer de condenação aos excessos praticados pelos “aliados”.

Poucos anos após o fim da Segunda Grande Guerra, o mundo ingressava em um período de potencial conflagração mundial entre os países alinhados com as democracias liberais do Ocidente e os países socialistas do Leste, não sendo possível realizar-se a pretendida normatização, em escala internacional, dos crimes mais horrendos contra os direitos do homem. Até porque essa normatização jamais interessou às potências que se digladiavam nos mais recônditos rincões do planeta. Apenas para sumarizar, as razões pelas quais as Nações Unidas sentiram a necessidade de legitimar os procedimentos das Cortes de Nuremberg e Tóquio estão em alguns aspectos controversos desses tribunais - alguns deles, até hoje presentes, quando se aplica a jurisdição universal.

Em termos de procedimento, Nuremberg caracterizou-se por ser um misto do sistema anglo-saxão e romano-germânico, com prevalência do primeiro, em prejuízo para a defesa - que não estava habituada a determinadas técnicas do sistema anglo-saxão, como o interrogatório cruzado, por exemplo. Há quem defenda que talvez fosse mais honesta a adoção da proposta soviética de execução sumária, sem julgamento<sup>20</sup>, o que seria o costume em tempos de guerra, do que se realizar a encenação de um julgamento<sup>21</sup>.

Outra crítica feita ao Tribunal de Nuremberg é o fato de tratar-se de um tribunal de exceção, de uma jurisdição *ad hoc*, em muito semelhante aos Tribunais do Terceiro Reich, criticados pela acusação, em Nuremberg, como “atividade criminosa e contrária ao Direito”<sup>22</sup>. Não bastasse isso, o Tribunal foi resultado de um acordo unilateral dos “aliados”, de modo que não teria legitimidade para tanto.

---

<sup>20</sup> HEYDECKER.; LEEB. op. cit. p. 73/74. *Verbis*: “O Foreign Office de Londres foi o primeiro a rebelar-se contra a idéia do julgamento. Os franceses deram a perceber que não tinham o mínimo interesse nessa forma de proceder. Os soviets aferravam-se como dantes ao seu plano original: o fuzilamento imediato de todos os criminosos de guerra [...] O Plano Napoleão foi estudado durante semanas nos Ministérios de Londres e Paris. Foi vivamente discutido e ao fim chegou-se à conclusão de que se tratava de um plano muito aceitável. Mas naquele momento interveio Washington e deu a entender aos seus aliados que na América insistiam em que se realizasse um julgamento. ‘Queremos um julgamento!’. ‘Nós não queremos nenhum julgamento!’, responderam de Londres e de Paris. Mas Stalin apresentava imediatamente uma nova proposta no meio deste terrível desconcerto. Em 19 de maio de 1945 mandou dizer-lhes, por intermédio do comentarista Jermaschew, da Rádio Moscovo, as seguintes palavras: ‘Que os ponham de uma vez para sempre com a cara voltada para a parede e que sejam fuzilados!’”.

<sup>21</sup> GONÇALVES. op. cit. p. 147-149.

<sup>22</sup> *Ibid.* p. 150-151.

O questionamento não se limita a esses aspectos. O Princípio da Imparcialidade do Juiz foi atingido, uma vez que os juízes foram nomeados pelos “aliados”, ao invés de serem árbitros de países neutros<sup>23</sup> como a Espanha, a Suíça ou a Suécia, por exemplo<sup>24</sup>. É interessante notar, como já destacado, que, durante a análise do estatuto, a defesa não poderia recusar - termo próprio do procedimento do júri, muito comum na prática anglo-saxônica - o tribunal ou os juízes ou seus suplentes. Se são “irrecusáveis” é porque são, evidentemente, parciais.

O Tribunal de Nuremberg, igualmente, não admitia recurso de suas decisões, nos termos do artigo 26 de seu estatuto. De igual modo, havia a proibição de expressa de que questões de Política Internacional fossem utilizadas nos argumentos de defesa, o que faz pressupor a inexistência de qualquer vestígio de respeito ao Princípio da Ampla Defesa, uma vez que alguns argumentos possíveis e, quiçá, decisivos, não poderiam, pura e simplesmente, ser invocados<sup>25</sup>.

A corte também não observou o Princípio da Reserva Legal e da Irretroatividade da Lei Penal, ou seja, a fim de obter-se uma vingança política, até mesmo os países que tradicionalmente observavam tais princípios em suas normas internas acharam-se no direito de ofendê-los, no momento da montagem teatral da corte<sup>26</sup>.

Não havia prévia - em relação aos fatos - posituação de quaisquer dos crimes dos quais os acusados tinham de defender-se, o que criava, inclusive, dificuldades para a defesa. Com efeito, as normas tipificadoras foram criadas para adaptarem-se aos fatos - e apenas àqueles... -, alcançando-os no passado. Uma aplicação comezinha da ultra-atividade maléfica, não encontrada sequer em ordálios e autos-de-fé da Idade Média.

O caráter simbólico de uma vingança, ou mesmo de um ordálio, de um justiciamento, é demonstrado pelo destino final dado aos restos mortais dos condenados à pena máxima, os quais, após a execução, na noite de 15 para 16 de outubro de 1946, foram incinerados e tiveram as suas cinzas lançadas em um rio “algures na Alemanha” - na verdade, o Rio Isar -, a fim de não se erguesse qualquer monumento para recordá-los<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> HEYDECKER; LEEB. op. cit. p. 74-75. *Verbis*: “Um ponto preocupava todos: Que impressão causaria quando os acusados e seus acusadores se encontrassem na mesma sala? Estudaram duas possíveis soluções: 1. Constituir o Tribunal por membros dos países neutrais. Telford Taylor, um dos futuros acusadores americanos em Nuremberg, disse a este respeito: ‘Estas propostas foram consideradas por todos, e com razão, visto que não existia um acordo na realidade. Foram refutadas em primeiro lugar porque o número dos países neutrais era tão reduzido que o plano não podia levar-se à prática.’ 2. Incumbir do julgamento dos criminosos de guerra um tribunal alemão. Porém, recordaram da falida tentativa que foi feita depois da Primeira Guerra Mundial pelo Tribunal do Reich em Leipzig.”

<sup>24</sup> GONÇALVES. op. cit. p. 152-155.

<sup>25</sup> *Ibid.* p. 155-157.

<sup>26</sup> *Ibid.* p. 157-172.

<sup>27</sup> *Ibid.* p. 194.

Por que supuseram os “aliados” que seriam erguidos “monumentos” àqueles qualificados como “criminosos”? O enfrentamento do tabu da entrega do corpo à família e do enterro digno dos restos mortais, onipresente na tradição cultural ocidental<sup>28</sup>, permite compreender o espírito do qual revestiu-se a corte.

Retomando o debate, como terá sido possível um julgamento tão eivado de vícios e tão ostensivamente irregular vir a tornar-se um marco na trajetória da prevalência dos direitos humanos, especialmente após o fim da bipolaridade e neste início de uma Nova Ordem Jurídica Internacional?

## **5. Alquimia Jurídica: Transformando um Tribunal Militar de Exceção em um Marco dos Direitos Humanos**

De fato, logo após o referido julgamento conjunto, as potências passaram a julgar os inúmeros outros acusados de colaboração com o regime nazista em suas respectivas zonas de ocupação. De igual modo, houve o Tribunal Militar Internacional de Tóquio, constituído em 19/01/1946, nos mesmos moldes do de Nuremberg<sup>29</sup>.

Após isso, o desenvolvimento do Direito Internacional foi obstado nesse ramo pela realidade da Política e das Relações Internacionais, sendo retardada por décadas a instituição de uma Corte Internacional Penal Permanente, ainda que tenha ocorrido, nesse período o desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>30</sup>. Somente com o fim da Guerra Fria é que surgiram os exemplos mais ilustrativos da uma nova ordem, na qual a jurisdição penal universal passou a atuar mais rotineiramente, em casos de violação de direitos do homem.

Assim, por exemplo, surge o Tribunal Penal Internacional para a ex-lugoslávia, através da Resolução nº 827, de 25/5/1993, do Conselho de Segurança das Nações Unidas; o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, criado pela Resolução nº 955, de 8/11/1994, também, do Conselho de Segurança das Nações Unidas; a Corte Especial para Serra Leoa, de 16/1/2002, por força da Resolução nº 1.315, de 14/8/2000, do Conselho de Segurança das Nações Unidas; o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, cujo estatuto está datado de 17/7/1998, mas só entrou em vigor quatro anos depois.

Além dos inúmeros exemplos de jurisdição universal, surgem os vários casos de jurisdição exorbitante, como os relacionados ao regime militar chileno e aos massacres

---

<sup>28</sup> Vide a “Antígona” de Sófocles, em que Creonte vingou-se da audácia de Polínicos com um decreto, o qual determinou restasse insepulto o corpo de seu inimigo.

<sup>29</sup> GONÇALVES. op. cit. p. 202.

<sup>30</sup> Ibid. p. 206.

de Sabra e Chatila. Esse vigor das jurisdições universal e exorbitante é uma das características mais fortes da nova ordem jurídica internacional, fazendo parte do rol de eventos que têm contribuído para o enfraquecimento da soberania nacional como instituto.

Sem embargo, os casos mais característicos dessa nova ordem, em termos de jurisdição universal, dizem respeito ao genocídio e à limpeza étnica, ocorridos nos territórios da antiga Iugoslávia, em Ruanda e em Serra Leoa. Neles, a Organização das Nações Unidas, com base no arcabouço jurídico desenvolvido após os Julgamentos de Nuremberg e Tóquio, assumiu o papel de condutora do processo através de resoluções do Conselho de Segurança, instituindo tribunais *ad hoc*.

Ainda que apresentassem inúmeras diferenças em relação àqueles tribunais da década de 40, as quais serão mais bem examinadas a seguir, o fato é que se não houvessem existido as normas quanto à tipificação dos delitos de guerra, contra a paz e contra a Humanidade, bem como se tais normas, daqueles estatutos feitos de forma arbitrária pelos vencedores do conflito, não tivessem sido incorporadas no quadro normativo e principiológico das Nações Unidas, esses novos tribunais não teriam base legal para a sua criação.

De qualquer modo, o tribunal para a antiga Iugoslávia, cujo nome oficial é “Tribunal Internacional para Julgamento das Pessoas Responsáveis por Sérias Violações da Lei Internacional Humanitária, Cometidas no Território da Antiga Iugoslávia, desde 1991”, já parte de um “*direito internacional humanitário*” existente e consolidado, seja na doutrina seja em precedentes jurisprudenciais. Por isso, torna-se muito fácil enunciar os tipos penais dos quais são acusados os tais violadores, como ocorre, por exemplo, no artigo 2o do estatuto, no qual os crimes cometidos em ofensa grave às Convenções de Genebra de 1949 estão expostos<sup>31</sup>.

As referidas convenções surgem, exatamente, naquele ambiente subsequente à Segunda Grande Guerra, após os julgamentos de Nuremberg e Tóquio, em um momento no qual a possibilidade de uma nova conflagração já parecia bastante concreta. São, em verdade, quatro convenções: a primeira, versa sobre o “Melhoramento das Condições dos

---

<sup>31</sup> Disponível em: <[http://www.cicr.org/ihl.nsf/WebPrint/555-FULL?Open Document](http://www.cicr.org/ihl.nsf/WebPrint/555-FULL?Open+Document)>. Acesso em: 09 dez. 2005. 11h47. Vale transcrever, *verbis*: “Article 2 - Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949. The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention: (a) wilful killing; (b) torture or inhuman treatment, including biological experiments; (c) wilfully causing great suffering or serious injury to body or health; (d) extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly; (e) compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power; (f) wilfully depriving a prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial; (g) unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian; (h) taking civilians as hostages.”

Feridos e Doentes, nas Forças Armadas em Terra”; a segunda, sobre o “Melhoramento das Condições dos Feridos, Doentes e Náufragos, Membros de Forças Armadas em Mar”; a terceira, diz respeito ao “Tratamento de Prisioneiros de Guerra”; e, por fim, a quarta, refere-se à “Proteção da População Civil em Tempo de Guerra”.

Constituem as referidas normas uma continuação de outras mais antigas, de uma tradição do Direito Humanitário que se inicia com a Declaração Sobre o Direito Marítimo, de Paris, de 16/4/1856, que envolve, basicamente, o Direito da Guerra. A ênfase no Direito Humanitário, não mais visto como uma consequência secundária do Direito da Guerra, porém, só ocorre com a chegada da década de 40 do século XX.

Um documento importante da época da Guerra Fria, que auxiliou na cristalização de um Direito Internacional Humanitário, foi a relação de “Princípios de Direito Internacional Reconhecidos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg e no Julgamento do Tribunal”, datada de 1950.

Esse rol estabelecia que nenhuma pessoa que cometesse um ato, que constituísse um crime sob o Direito Internacional, seria responsabilizada e sujeita a punição (Princípio I); que o fato de o Direito Internacional não impor uma pena para um ato que constitua crime sob o Direito Internacional não impede que a pessoa que o cometa seja responsabilizada segundo esse Direito Internacional (Princípio II); que o fato de a pessoa ter cometido um ato que constitua um crime sob o Direito Internacional, agindo como Chefe de Estado ou burocrata a serviço de governo não o afasta da responsabilidade sob o Direito Internacional (Princípio III); que o fato de a pessoa agir, seguindo ordens de seu Governo ou de um superior hierárquico, não o livra da responsabilidade, sob o Direito Internacional, desde que uma escolha moral fosse a ele possível (Princípio IV); que qualquer pessoa acusada de um crime, do ponto de vista do Direito Internacional, tem o direito a um julgamento justo acerca de fatos e direito (Princípio V); que os seguintes crimes são puníveis sob o Direito Internacional: (a) Crimes contra a paz: (i) planejamento, preparação, iniciação ou custeio de guerra de agressão ou de guerra em violação a tratados, acordos ou garantias internacionais; (ii) participação em plano comum de conspiração para acumplicimento de quaisquer desses atos mencionados no item “i”; (b) Crimes de Guerra: violações das leis ou costumes da guerra, inclusive, mas não apenas: assassinato, mal-tratamento ou deportação para trabalho escravo ou para qualquer outro propósito, de populações civis ou de território de ou em território ocupado; assassinato ou mal-tratamento de prisioneiros de guerra, de tripulações, matança de reféns, devastação de propriedade pública ou privada, destruição aleatória de metrópoles, cidades ou vilas ou devastação não justificada pela necessidade militar; (c) Crimes contra a Humanidade: assassinato, extermínio, escravização, deportação e outros atos desumanos feitos contra

qualquer população civil, ou perseguições políticas, raciais ou religiosas, quando tais atos ou tais perseguições sejam executados com ligação com qualquer crime contra a paz ou com algum crime de guerra.

A questão dos direitos humanos, no curso de conflitos armados, foi novamente tratada no direito positivo internacional através das Regras para Limitação dos Perigos para a População Civil em Tempo de Guerra, documento de 1956 do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, bem como na Resolução nº XXIII, adotada pela Conferência Internacional de Direitos Humanos ocorrida em Teerã, em 12/5/1968. Nesse mesmo sentido, mas bem mais importante, foi a Convenção para a Não-Aplicação de Limitações Legais a Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade, de 26/11/1968.

Tal convenção estipulou, em seu artigo 1º, alínea “a”, que os crimes de guerra - tal como os definidos na Carta do Tribunal Militar de Nuremberg e confirmados pelas Resoluções nº 3 e 95 da Assembléia Geral das Nações Unidas e, em particular, aquelas violações graves previstas na Convenção de Genebra para a Proteção das Vítimas de Guerra, de 12/8/1949 -; os crimes contra a humanidade - previstos na Carta do Tribunal Militar de Nuremberg e confirmados pelas Resoluções nº 3 e 95 da Assembléia Geral das Nações Unidas -; os despejos forçados, ocupações ou atos desumanos ligados ao regime de “apartheid”; e o crime de genocídio - tal como previsto na Convenção para a Prevenção e Punição ao Crime de Genocídio, de 1948 - não seriam objeto de qualquer limitação legal - ainda que não fossem considerados ilegais do ponto de vista do direito interno do local onde foram cometidos e independentemente da data em que teriam ocorrido.

O objetivo da convenção foi impedir a aplicabilidade de norma interna de um determinado país, que, por exemplo, em um dado momento, resolvesse estabelecer prazos prescricionais para tais crimes, a fim de inviabilizar a aplicação universal dos diplomas que os tipificavam e previam suas penas. Mas ela não se limitou a esse aspecto. O artigo 2º já previa, no âmbito subjetivo de aplicação da convenção, que estariam sujeitas a ela pessoas em cargos públicos ou particulares, seja como participantes principais ou cúmplices, com participação direta ou indireta, seja como autoridades que toleraram a sua prática. O artigo 3º refere-se à colaboração internacional para extradição. O artigo 4º contém cláusula retroativa, no tocante à abolição de normas limitadoras já existentes, a fim de permitir a punição desses crimes.

No mês seguinte, a Assembléia Geral das Nações Unidas elaborou a Resolução nº 2.444, a qual determinava aos Estados que não atacassem populações civis, e que a distinção entre combatentes e população civil fosse feita, sempre que possível. Não é demais lembrar que esse período (1968) caracterizou-se pela intensificação das guerras de guerrilhas em todos os cantos do mundo, como um subproduto da Guerra Fria.



A distinção entre combatentes e população civil, nessa hipótese, ficava bastante mais difícil do que no caso de tropas regulares e guerra convencional.

Nesse mesmo ano, a Assembléia Geral das Nações Unidas votou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade. Assim, os crimes enumerados na Carta do Tribunal Militar de Nuremberg e confirmados nas Resoluções nº 3 e 95 da Assembléia Geral das Nações Unidas, bem como nas Convenções de Genebra de 1949, somados àqueles de genocídio e ligados ao regime do “apartheid”, passaram a ser considerados imprescritíveis, pouco importando a data em que teriam sido cometidos (artigo 1º), dada a sua gravidade para o Direito Internacional.

Ou seja, foi todo esse arcabouço, desenvolvido bastante lentamente ao longo de meio século, que possibilitou a ascensão da jurisdição universal e da jurisdição exorbitante, como dados característicos da atual ordem jurídica internacional, naquelas hipóteses ligadas ao Direito Humanitário. Muitas vezes, a jurisdição exorbitante traveste-se de jurisdição universal - a qual tem sido conceituada como “o direito de um país julgar uma pessoa que cometeu crimes contra a humanidade, quer o país em que foi cometido o crime seja signatário de uma convenção que preveja a responsabilidade criminal internacional no tocante a crime, quer não”<sup>32</sup> - o que, de certa forma, representa muito mais a jurisdição exorbitante, com base no princípio da universalidade.

## **6. Um Filho de Nuremberg: o Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia**

O Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, decorrente da aprovação pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas das Resoluções nº 808 e 827, foi criado para julgar pessoas responsáveis, desde 1991, por sérias violações ao Direito Internacional Humanitário no território da antiga Iugoslávia, como informa o artigo 1º de seu estatuto.

Por sua vez, os artigos 2º até 5º enumeram os crimes que ensejam tal julgamento, ainda que, alguns deles, de forma apenas exemplificativa. São tipos abertos ao enquadramento de novas condutas, que não as descritas explicitamente, bastando que se assemelhem em gravidade àqueles.

O artigo 2º contém o grupo de crimes que constituem graves violações às Convenções de Genebra de 1949, os quais afetam, indistintamente, pessoas ou coisas. São eles: homicídio doloso; tortura ou tratamento degradante, inclusive experimentos

---

<sup>32</sup> SINGER, 2004. p. 148.

biológicos; grande sofrimento ou lesão intencional ao corpo ou à saúde; grande destruição ou apropriação de propriedade, injustificável por necessidade militar, feita de forma ilegal ou aleatória; alistamento compulsório de prisioneiros de guerra ou de civis em forças hostis; despojamento intencional do direito a um julgamento justo e regular para prisioneiros de guerra ou civis; deportação, transferência ou confinamento ilegal de civis; tomar civis como reféns.

O terceiro artigo contém aqueles crimes que representam as leis ou costumes de guerra. É um dos casos em que o rol não é exaustivo. Entre outros, são crimes objeto de julgamento no Tribunal Internacional da Iugoslávia aqueles contra as leis e os costumes de guerra, assim descritos: emprego de armas venenosas ou outras destinadas a causar sofrimento desnecessário; destruição aleatória de cidades, vilas e vilarejos, bem como a devastação injustificável pela necessidade militar; ataque ou bombardeio, por qualquer meio, de cidades, vilas, residências ou edifícios indefesos; confisco, destruição ou dano intencional a instituições religiosas, de caridade e educacionais, de artes e ciências, monumentos históricos e trabalhos artísticos ou científicos; por fim, saque de propriedade pública ou privada.

O artigo 4º, por seu turno, trata do crime de genocídio, especificamente. Aliás, um crime bastante cometido nas guerras que se seguiram à desintegração da Iugoslávia, tendo-se em vista a necessidade de limpeza étnica, vislumbrada por várias lideranças regionais para assegurar homogeneidade racial ou, ao menos, superioridade numérica após o fim dos conflitos, com a intenção de assegurar o poder político para determinada categoria populacional em dada região. A questão demográfica toma relevância, em especial, no caso de países onde existam contingentes populacionais de religiões diferentes, como foi o caso da antiga Iugoslávia. Por isso, esse crime mereceu um tratamento especial do estatuto, para fins de tipificação mais detalhada.

Para começar, o artigo 4º, em seu parágrafo 1º, define muito claramente que não é só quem cometeu diretamente os crimes enumerados no parágrafo 2º - aqueles que, verdadeiramente, caracterizam o tipo - que serão punidos. Também existe o parágrafo 3º, o qual cuida de outras circunstâncias determinantes de eventual punição. O parágrafo anterior define genocídio como quaisquer dos atos descritos, cometidos com a intenção de destruir - no todo ou em parte - um grupo nacional, étnico, racial ou religioso; extermínio; dano mental ou corporal grave; destruição física intencional, decorrente da imposição de más condições de vida; imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos; transferência forçada de crianças para outros grupos. Mas não é só o genocídio, em si, que é punível, mas também a conspiração para cometê-lo; o incitamento direto e público; a sua tentativa; e a cumplicidade.

No que toca aos crimes contra a Humanidade, como definidos no artigo 5º do Estatuto, apesar de enumerados oito tipos, há ainda, um tipo residual: assassinato, extermínio, escravização, deportação, aprisionamento, tortura, estupro, perseguição política, racial ou religiosa, e qualquer outro ato desumano. A razão humana é bastante imaginativa na criação de tipos novos de atos desumanos...

O que caracteriza a formação desses tribunais internacionais da década de 90 é que se arrogam a possuir jurisdição sobre pessoas naturais, as quais normalmente seriam processadas e julgadas por seus países de origem. Mais ainda: não apenas representam uma desconsideração da soberania territorial desses países envolvidos, segundo o aspecto do julgamento de seus cidadãos comuns, mas, muito mais grave que isso, pretendem pôr no banco dos réus Chefes de Estado de tais países. É a previsão que se encontra no artigo 7º, parágrafo 2º, do mencionado estatuto. Afirma-se expressamente que tal condição não serve para excluir ou minorar a punição.

Sem embargo, a fim de não caracterizar uma intromissão por demais violenta no Direito Interno, o artigo 9º do Estatuto prevê a hipótese da jurisdição concorrente com as jurisdições nacionais envolvidas, porém, com a primazia (parágrafo 2º) do Tribunal Internacional, assemelhando-se à forma encontrada no Direito Comunitário para o funcionamento da Corte de Justiça das Comunidades Européias em paralelo com os tribunais nacionais.

Para a resolução de eventuais conflitos lógicos, decorrentes da jurisdição concorrente, foi criado um dispositivo para eliminação do *bis in idem* (artigo 10). Mas esse impedimento ao *bis in idem* não é, de forma alguma, manejado de forma equânime. Constitui uma das regras fundamentais, na proteção aos direitos humanos do infrator, que ele não possa ser julgado duas vezes pelo mesmo crime. Mas essa regra protetiva é absoluta do ponto de vista da jurisdição nacional, mas apenas relativa quanto à jurisdição universal.

Assim, se o acusado já foi julgado pelo tribunal internacional, não pode ser processado e julgado, pelo mesmo crime, por uma corte nacional. Ocorre que a recíproca não é verdadeira. Existem hipóteses nas quais o acusado, que já foi processado e julgado pela corte nacional, possa vir a ser processado e julgado pelo tribunal internacional, pelo mesmo crime: encontram-se no parágrafo 2º, alíneas “a” e “b” do artigo 10 do estatuto.

Dessa forma, se o acusado foi processado e julgado por tribunal nacional, tendo sido caracterizado o delito como mero crime ordinário - não como séria violação do Direito Internacional Humanitário -, pode o acusado ser novamente processado e julgado pelo Tribunal Internacional. Funciona, portanto, como se os juízes do Tribunal Internacional constituíssem uma corte superior, que poderia desqualificar os crimes

anteriormente tidos como ordinários, para enquadrá-los no rótulo de “sérias violações ao D.I.H.”, segundo os róis acima mencionados, os quais, inclusive, não são necessariamente exaustivos, como já se disse.

Criou-se, através desse mecanismo, uma zona cinzenta bastante larga, de modo a permitir uma revisão dos processos julgados por tribunais nacionais, a fim de que pudessem ser desconsiderados em qualquer momento processual (artigo 9º, parágrafo 2º), em benefício da efetividade das normas humanitárias. Pouco importa se a comunidade nacional, por qualquer motivo, acoberta o acusado, promovendo um julgamento sob circunstâncias que podem ser a ele favoráveis, porque esse fato não excluirá a apreciação pela corte internacional criada para esse fim, se o fato é visto como séria infração ao Direito Internacional.

Outra hipótese na qual o processamento e julgamento em tribunal nacional serão irrelevantes, para os fins do tribunal internacional, é aquela em que o julgamento não foi considerado imparcial ou independente, ou foi entendido como mera proteção ao acusado quanto à sua responsabilização internacional; bem como naqueles casos nos quais a acusação não foi considerada diligente. É o que consta da alínea “b” do artigo 10.

É interessante notar que o tribunal internacional não vai atuar, desconsiderando o tribunal nacional, se a defesa do acusado não for considerada diligente, apenas a acusação. Essa deixa dá a entender que o que se pretende é uma condenação, deixando dúvidas sobre a imparcialidade de um tribunal internacional assim estatuído.

Mas o tribunal internacional deve, quando processar e julgar alguém que já foi processado e julgado por um tribunal nacional, considerar as penas que já foram impostas ao condenado por aquele, quando impuser a própria pena. Assim, nada impede que alguém venha a ser processado e condenado duas vezes pelo mesmo crime, bem como venha a ter a pena agravada em relação à original, nesse segundo julgamento. Assim consta do parágrafo 3º do artigo 10 do Estatuto.

Em que pese o fato de remanescerem algumas críticas quanto à parcialidade, legalidade, justiça, de um tribunal assim composto, não se pode negar que o sistema evoluiu muito, relativamente aos tribunais militares de exceção do fim da Segunda Grande Guerra. Um dos principais sinais de avanço, do ponto de vista do respeito aos direitos mais comezinhos do acusado, é que ele tem diante de si um tribunal com 16 juízes permanentes, cujas regras para escolha são fixas, públicas e prospectivas, como consta dos artigos 12 até 14 do estatuto. Outra garantia importante é a informação ao acusado, em sua própria língua, da natureza das alegações e das razões que o levaram às barras do tribunal. Um melhoramento capital foi a limitação da pena máxima, porque no Tribunal Internacional da Ex-Iugoslávia não existe a previsão da pena de morte

(artigo 24, parágrafo 1º). Além disso, há a previsão de recurso, nos casos de erro de fato ou erro de direito (artigo 25). Todos esses avanços - e muitos outros - demonstram que a comunidade internacional reconhece ter cometido excessos nos primeiros julgamentos de índole humanitária, em Nuremberg e Tóquio, estando disposta a aprimorar os seus meios de avaliação e punição das condutas tidas como criminosas.

## 7. O Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Outro marco dessa nova ordem jurídica internacional é o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, destinado a investigar, processar e punir condutas criminosas cometidas em Ruanda - ou por cidadãos ruandeses em países vizinhos -, entre 1º/1/1994 e 31/12/1994, por força da Resolução nº 955/94, de 8/11/1994. Há de se notar que foi o próprio governo ruandês que solicitou a instalação do tribunal internacional, conforme consta dos considerandos do referido estatuto. Nesse caso, houve submissão voluntária do Estado à jurisdição universal, e não apenas a entrega dos acusados.

Muito contribuiu para essa docilidade o fato de o grupo ba'hutu ter perdido o poder para os ba'tutsi. Desse modo, confirma-se a regra de ouro dos tribunais internacionais penais, segundo a qual, os perdedores é que cometem os atos desumanos. No caso iugoslavo, os sérvios foram os grandes perdedores, porque controlavam a antiga Iugoslávia. Quando a Eslovênia e, posteriormente, a Croácia, exerceram o seu direito à secessão, a Iugoslávia perdeu algumas de suas regiões mais industrializadas e ricas, exatamente, o que motivou o conflito.

Se outras nacionalidades possuem cidadãos processados e julgados nesse Tribunal Internacional, isto se deve ao fato de todos os países integrantes da antiga Iugoslávia terem se tornado países menos poderosos do que eram anteriormente, com a união. Mas o único chefe de Estado que vinha sendo processado e julgado era sérvio, tendo falecido, sob custódia do tribunal, em condições misteriosas. Como, aliás, já havia ocorrido com personagens-chave do regime nazista, em Nuremberg.

É interessante notar que, à exceção dos crimes contra as leis e os costumes de guerra, os crimes que dão origem ao processamento e julgamento pelo Tribunal Internacional são os mesmos do Tribunal Internacional para a Antiga Iugoslávia, ainda que apresentados de forma diversa, nos artigos 2º a 4º do estatuto.

O crime de genocídio, por exemplo, como consta do artigo 2º, contém os mesmos tipos, e a punição estende-se, de igual modo, à conspiração, ao incitamento, à tentativa e à cumplicidade. Não por acaso, pela primeira vez na História um Chefe de Governo foi condenado por um tribunal internacional, já que foi mantida a mesma regra

do Tribunal para a Antiga Iugoslávia quanto à responsabilidade política, como se vê do artigo 6º, parágrafo 2º.

Os crimes contra a Humanidade acham-se descritos no artigo 3º, com a mesma enumeração do estatuto do Tribunal da Antiga Iugoslávia, inclusive o tipo residual (“outros atos desumanos”).

Um dado interessante é a nova roupagem dada aos crimes cometidos em séria violação às Convenções de Genebra, porque a enumeração - não exaustiva - das condutas foi feita sob medida para a realidade ruandense (artigo 4º e alíneas): violência à vida, saúde e bem-estar físico ou mental das pessoas (em particular, assassinato), bem como tratamento cruel como tortura, mutilação e outra forma de punição corporal; punições coletivas; tomada de reféns; atos de terrorismo; ultrajes à dignidade pessoal, em particular tratamento humilhante e degradante, estupro, prostituição forçada e qualquer forma de atentado ao pudor; pilhagem; sentenciamento e execuções sem prévio julgamento realizado em tribunal regular, com todas as garantias jurídicas reconhecidas como indispensáveis por povos civilizados; e preparativos para o cometimento de quaisquer desses atos.

As normas referentes a responsabilidade, jurisdição - inclusive a concorrente - e impedimento ao *bis in idem* são similares às do Tribunal Internacional para a Antiga Iugoslávia. De igual modo, as normas procedimentais e a própria composição do tribunal são as mesmas. Até mesmo juízes que compõem o primeiro, coincidentemente, podem atuar nas causas relativas ao segundo, por força de permissivo expresso (artigo 12, parágrafo 2º, do Estatuto). As demais normas são também similares.

## 8. A Corte Especial para Serra Leoa

As normas constantes desses estatutos serviram de inspiração para a Corte Especial para Serra Leoa, cujo acordo, datado de 16/1/2002, decorreu da Resolução nº 1.315, de 14/8/2000. A razão da formação desse tribunal especial, conforme consta do acordo em questão, teriam sido crimes “muito sérios”, cometidos no território daquele país contra o povo de lá, as “Nações Unidas e pessoal associado”, bem como a situação de impunidade verificada. Como objeto de julgamento, tanto sérias violações ao Direito Internacional Humanitário, como crimes - tal qual definidos no direito interno. O tribunal é, portanto, também substitutivo da jurisdição nacional, quanto ao mérito das causas processadas e julgadas. Outro dado importante acerca desse tribunal especial é a sua origem, através de prévio acordo para a sua instituição, entre as Nações Unidas e o governo de Serra Leoa.

Dessa forma, os corpos jurisdicionais têm a previsão de conter de 8 a 11 juízes, sendo que a câmara de julgamento de primeiro grau é composta por três juízes, sendo um indicado pelo governo de Serra Leoa e dois, pelo Secretário-Geral das Nações Unidas (artigo 2º, alínea “a”, do acordo). Quanto à Câmara de Apelações, cinco juízes a compõem, segundo os termos do acordo, sendo dois indicados por Serra Leoa e três, pelas Nações Unidas.

O estatuto, anexo ao acordo, prevê que a corte especial tem o poder de julgar pessoas que incidiram em grandes violações ao Direito Internacional Humanitário e à lei de Serra Leoa, desde 30/11/1996, incluindo líderes que, ao cometerem tais crimes, desafiaram o processo de paz no país (artigo 1º, parágrafo 1º, do estatuto). Entretanto, estão expressamente excluídos da jurisdição da corte especial quaisquer integrantes das tropas de paz, que hajam incorrido nas mesmas acusações. Tais contingentes só poderão ser processados e julgados nos países de origem.

Para caracterizar as tropas de paz, inclui o parágrafo 2º do artigo 1º aquelas tropas enviadas pelas Nações Unidas, mediante acordo com Serra Leoa; enviadas por outros governos ou organizações, mediante acordo com o dito país; e, na ausência de qualquer acordo, desde que com autorização do governo daquele.

Residualmente, apenas no caso de o país que enviou o contingente armado não for capaz de investigar e processar os seus membros, é que a Corte Especial poderá, caso autorizada pelo Conselho de Segurança, exercer jurisdição sobre tais pessoas.

A novidade no estatuto da Corte Especial de Serra Leoa, não se prende à composição do tribunal ou à sua origem. Também os crimes a serem julgados por esse tribunal especial incluem um artigo (5º), que diz respeito ao direito interno, quando trata do abuso de meninas e da destruição aleatória de bens. De resto, a tipificação inclui algumas condutas adaptadas à realidade dos combates em Serra Leoa, como a escravidão sexual e a gravidez forçada (artigo 2º), bem como conscrição ou alistamento de crianças abaixo de 15 anos em forças armadas ou o seu uso para participação ativa nas hostilidades.

Com efeito, a participação de menores de 15 anos foi uma característica do conflito de Serra Leoa, tanto que o artigo 7º do estatuto foi criado, unicamente, para tratar da jurisdição da corte sobre essas pessoas. A bem da verdade, se a pessoa que cometeu os atos concebidos como crimes, nos artigos 2º *usque* 4º do estatuto, tinha menos de 15 anos na época em que os atos foram cometidos, a corte não tem qualquer jurisdição. Se tinha entre 15 e 18 anos na época, terá um tratamento diferenciado da corte, sendo previstos os seguintes instrumentos, no parágrafo 2º do artigo 7º: cuidados dirigidos e supervisão; serviços comunitários; aconselhamento; adoção; programas de treinamento correcionais, educacionais e vocacionais; escolas especiais; programas de desarmamento, desmobilização, reintegração ou programas de proteção a crianças.

As cláusulas de jurisdição concorrente e de *non bis in idem* são idênticas às dos precedentes já estudados, porém, ao contrário daqueles, há previsão de anistia. Os direitos dos acusados são idênticos aos dos estatutos anteriores, inclusive em redação. Também não há previsão de pena capital. De igual modo, há recurso, sob o fundamento de erro de fato ou de direito.

## 9. O Tribunal Penal Internacional

Uma escala final, nessa evolução do Direito Internacional Humanitário, foi a criação do Tribunal Penal Internacional. O seu estatuto, datado de 17/7/1998, sofreu seis correções até 16/1/2002. Qual a importância desse tribunal? Ora, ao contrário dos tribunais especiais, que são tribunais de exceção, esporádicos, com jurisdição limitada no tempo e no espaço, o Tribunal Penal Internacional é uma corte permanente, instituída *ex ante*. Por isso, goza de maior legitimidade no julgamento dos indivíduos que atentam contra os direitos humanos (artigo 1º).

Contudo, a referida Corte Internacional é extremamente dependente do Conselho de Segurança das Nações Unidas, até mesmo porque somente ele pode autorizar o uso da força militar para a captura dos acusados, especialmente quando protegidos pelos Estados. Em que pese tal fato, que retira um pouco da independência do tribunal, ele não faz parte da estrutura da Organização das Nações Unidas<sup>33</sup>.

A sua sede fica em Haia, muito embora haja uma previsão no artigo 3º sobre a possibilidade de eventual mudança, sempre que se considere necessário. Possui a mesma personalidade jurídica de direito internacional, bem como capacidade jurídica para o exercício de suas funções e objetivos. Esse exercício poderá ocorrer no território de qualquer país que faça parte do acordo de sua criação, assim como no território de qualquer outro país, mediante acordo especial (artigo 4º).

O rol de crimes que serão objeto de julgamento pela corte inclui: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão (artigo 5º, parágrafo 1º). Todavia, quanto a esse último, a previsão do estatuto é condicional, faltando a definição prévia do crime e as condições segundo as quais a corte atuará.

No que toca ao crime de genocídio, a sua definição segue aquela redação anterior, dos tribunais internacionais especiais (artigo 6º e alíneas). Os crimes contra a

---

<sup>33</sup> WECKEL, 1998. p. 986/987. *Verbis*: "En adoptant le statut de la Cour pénale internationale les participants à la conférence de Rome ont ainsi écarté l'idée d'un pouvoir judiciaire international indépendant. La Cour na pourra fonctionner sans l'appui du Conseil de Sécurité et généralement sans l'accord de l'État sur le territoire duquel les faits criminels se sont produits. [...] Il convient de relever accessoirement que la Cour pénale n'est pas intégrée à l'Organisation des Nations Unies. Disposant d'une personnalité propre dont les limites ne sont exactement précisées, elle devrait conclure un accord avec cette organisation. Toutefois, on ne voit pas bien en quoi cette solution commode qui n'est pas sans précédent répondrait mieux au souci d'indépendance à l'égard du pouvoir politique."



humanidade passaram a incorporar a esterilização forçada (artigo 7º, alínea “g”), desaparecimento forçado de pessoas (alínea “i”) e o crime de “apartheid” (alínea “j”). Tal como ocorria nos estatutos anteriores, há um tipo residual, na alínea “k”, para outros atos desumanos, com similar caráter intencional. O artigo 7º conceitua as expressões utilizadas, inclusive no que toca ao crime de “apartheid”, o qual é tido como “atos desumanos [...] cometidos no contexto de um regime institucionalizado de opressão e dominação sistemática por um grupo racial sobre outro ou outros, cometido com a intenção de manter esse regime” (artigo 7º, alínea “h”).

No que se refere aos crimes de guerra, existe a previsão da alínea “a” do artigo 8º, que se refere a tipos já existentes nos estatutos anteriores, mas inclui também a alínea “b” do mesmo artigo, onde há outras violações, de forma não-exaustiva, mas descrevendo outras 26 condutas contrárias às leis e aos costumes da guerra, o que demonstra uma preocupação de tornar menos fluída a definição legal das condutas, garantindo maior segurança jurídica e efetividade. A alínea “c” do mesmo artigo estende a jurisdição do tribunal àqueles casos nos quais não há guerra interna e essas condutas contrárias ao direito da guerra atingem tropas fora de combate - por rendição, doença, ferimento, detenção ou qualquer outra causa. Mas a conceituação “crime de guerra”, ainda que possa incluir conflitos internos, não se refere a distúrbios internos temporários (alínea “d”). Outro rol de condutas que representam sérias violações ao direito da guerra encontra-se na alínea “e”. Nela, estão incluídos tipos como a utilização de menores de 15 anos em combate, como consta do Estatuto da Corte Especial de Serra Leoa, posterior ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

O artigo 10 traz advertência interessante, no sentido de vedar qualquer interpretação de dispositivo do estatuto que possa representar alguma forma de limitação ou prejuízo a normas existentes, ou em desenvolvimento, do Direito Internacional que cuidam de outros assuntos que não sejam nele tratados. A ressalva revela uma preocupação de defesa de um Direito Humanitário máximo, muito embora não seja eficaz qualquer impedimento contido em norma jurídica no sentido de controlar a sua interpretação pelos seus destinatários. Uma vez criada a norma, *parole volit*, a palavra não mais pertence a quem a proferiu. O texto pode e deve ser interpretado da forma que se entender mais correta ou conveniente.

Por sua vez, o artigo 11 traz uma inovação saudável ao Direito Humanitário, que nasceu tão pouco respeitador de princípios jurídicos universais bastante comezinhos, tal como já se demonstrou: a jurisdição do Tribunal Penal Internacional é limitada no tempo, porque não atinge as condutas ocorridas antes da entrada em vigor do estatuto, para aquele dado Estado, do qual o acusado é súdito, salvo na hipótese de aquele Estado haver se manifestado favoravelmente ao exercício da jurisdição pela corte.

Tal manifestação é regulada pelo parágrafo 3º do artigo 12, assumindo o *nomen juris* de declaração, a qual deve ser registrada na secretaria do TPI. A partir de tal momento, o Estado deverá cooperar com a corte, de forma irrestrita e expedita.

No que toca à cláusula *non bis in idem*, o que importa, efetivamente, são as exceções lá consagradas. Consta do artigo 20, parágrafo 3º, alíneas “a” e “b”, que o acusado pode ser novamente processado pelas mesmas causas, no caso de o processo ocorrido na outra corte ter servido, apenas, para escudá-lo de responsabilidades por crimes que estejam sob a jurisdição do tribunal. De igual modo, se o processo na outra corte não for conduzido de forma imparcial ou independente, de acordo com as normas processuais reconhecidas pelo Direito Internacional, de forma que se mostre inconsistente a tentativa de levar a justiça ao caso concreto.

A lei aplicável ao julgamento será: em primeiro lugar, o estatuto; em segundo, quando apropriado, tratados mais princípios e regras do Direito Internacional, inclusive os princípios já existentes do Direito Internacional para conflitos armados; por último, princípios gerais, extraídos pela corte, das leis nacionais ou dos sistemas legais existentes no mundo, inclusive, quando for adequado, a lei nacional do país que normalmente exerceria a sua jurisdição sobre os fatos criminosos narrados na denúncia. Isso somente será possível caso não exista qualquer incongruência entre esses princípios e o estatuto, bem como em relação ao Direito Internacional e normas e padrões internacionais reconhecidos (artigo 21, parágrafo 1º, alíneas “a”, “b” e “c”).

O parágrafo 2º do artigo 21, por sua vez, traz interessante ressalva, porque afirma que o tribunal poderá adotar princípios e regras, da forma como interpretados anteriormente pela própria corte. Ora, a utilização dos precedentes do próprio tribunal é até desejável, porque transmite uma idéia de unicidade, constância, segurança. Entretanto, o verbo não é “dever”, mas “poder”. Assim, o que o artigo 21 está a dizer é que os precedentes da corte não são vinculantes. Ou seja, a interpretação dos princípios e normas poderá variar, caso a caso, o que daria margem a casuísmos, porém evitaria a indesejável cristalização da jurisprudência do tribunal, afastando o sistema do regime anglo-saxão e aproximando-o do romano-germânico.

Por fim, o parágrafo 3º do artigo 21 estabelece que a aplicação e a interpretação da lei necessita ser congruente com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem qualquer distinção fundada em gênero, idade, raça, língua, religião ou crença, opinião - inclusive opiniões políticas - nacionalidade, origem social ou étnica, riqueza, nascimento ou outro critério do gênero.

A parte mais importante do estatuto - pelo que se pode perceber da evolução histórica desses tribunais - é a que diz respeito aos princípios de Direito Penal que devem ser respeitados. Deve ser entendido como uma espécie de confissão de culpa, no tocante a todos os outros tribunais anteriores, os quais, de uma forma ou de outra, sempre esbarraram em violações escancaradas de um ou mais desses princípios.

O artigo 22 estipula que não há crime sem prévia lei que o defina. Mais ainda: prevê o Princípio da Legalidade Estrita, porque não permite interpretação extensiva, nem analogia, para a definição do crime (parágrafo 2º, do artigo 22). De igual modo, se o Direito Internacional considera alguma conduta como criminosa, essa caracterização não poderá ser afetada pela ressalva do estatuto (parágrafo 3º do artigo 22) - o que está de acordo com o princípio geral estatuído no artigo 10º -, em que pese tratar-se de expediente discutível, tal como já afirmado anteriormente.

A Não-Retroatividade, já prevista no artigo 11 - no tocante à jurisdição do tribunal -, é aplicável, do mesmo modo, no que tange aos indivíduos acusados, segundo os termos do artigo 24, sob duas vertentes. No parágrafo 1º, afirma-se que ninguém pode ser responsabilizado, nos termos do estatuto do TPI, por conduta anterior à entrada em vigor do estatuto. No parágrafo 2º, por fim, encontra-se prevista a hipótese de mudança da lei aplicável ao caso concreto, antes do final do julgamento. Nesse caso, deverá ser aplicada a lei mais favorável ao investigado, processado ou condenado - o que representa uma aplicação simultânea dos Princípios da Irretroatividade Maléfica e da Retroatividade Benéfica.

No que se refere à caracterização da responsabilidade criminal do indivíduo, em primeiro lugar, não se exclui, de forma alguma, a responsabilidade eventual dos Estados (parágrafo 4º do artigo 25). A questão é que o TPI julga indivíduos, restando a outros foros processar e julgar os Estados. Essa responsabilidade é definida, de uma forma bastante ampla, pelo parágrafo 3º do mesmo dispositivo, em seis alíneas.

Pouco importa se o indivíduo comete diretamente o crime, isoladamente ou em conluio com outros (alínea “a”); se o indivíduo ordena, solicita ou induz alguém a cometê-lo ou tentá-lo (alínea “b”); se ele facilita, auxilia, apóia ou assiste o cometimento ou a tentativa, inclusive, fornecendo os meios para tal (alínea “c”); contribui, através de qualquer outro meio, para o cometimento ou a tentativa (alínea “d”); direta ou indiretamente incita ao cometimento de genocídio (alínea “e”); ou tenta cometer o crime, tomando parte em qualquer ato que inicie a execução, através de algum meio que represente passo substancial no desiderato (alínea “f”), ainda que o crime não tenha chegado a termo, independentemente de sua vontade (porém, esta última alínea admite o arrependimento eficaz).

O artigo 26 exclui da jurisdição do TPI os menores de 18 anos de idade, na época do cometimento do delito.

Por sua vez, o artigo 27 mantém cláusula já existente nos tribunais penais internacionais, anteriormente estudados, no tocante à irrelevância do fato de tratar-se o acusado de agente político, inclusive no tocante à alegação de imunidade - por exemplo, nos casos de Chefes de Estado.

No que diz respeito ao artigo 28, define a responsabilidade de comandantes militares, inclusive sobre atos de subordinados hierárquicos (alínea “b”).

Quanto à capacidade mental dos acusados, o artigo 30 do estatuto, no parágrafo 1º, exige que eles tenham a intenção de desempenhar a conduta criminosa e de produzir os resultados lesivos. Os requisitos são cumulativos (“intent and knowledge”).

Há, porém, um artigo destinado exclusivamente a hipóteses de exclusão da responsabilidade, que complementa os anteriores. O artigo 31 enumera quatro casos em que não há a responsabilidade do indivíduo. Assim, em primeiro lugar, se a pessoa sofre de doença mental ou alguma incapacidade que destrói a capacidade para compreender o caráter ilícito da conduta ou a capacidade de controlar tal conduta, nos termos determinados pela lei não há responsabilidade.

De modo similar, se há um estado de intoxicação que destrua a capacidade de a pessoa compreender a ilegalidade ou natureza da conduta ou a sua capacidade de controlá-la, também não há a responsabilização, desde que não tenha ocorrido intencionalmente, de modo que a pessoa soubesse ou desconsiderasse o risco de, mediante tal intoxicação, vir a cometer a conduta criminosa.

O terceiro caso é o da legítima defesa própria ou de outrem, ou ainda, no caso de crime de guerra, de defesa de propriedade essencial para a sua sobrevivência ou a de terceiros, de propriedade essencial para o cumprimento de missão militar, no caso de uso de força iminente e ilegal, de maneira proporcional ao perigo ao qual estava exposto. Não é necessariamente o caso de pessoa engajada em tropa realizando operação defensiva.

Por último, não há a responsabilidade, se a pessoa foi forçada em razão de ameaça de morte iminente ou de contínuo ou iminente dano corporal sério, contra si ou contra outrem, desde que a reação seja necessária e razoável para evitar a ameaça e que não houvesse a intenção de causar um dano maior do que se pretendia evitar. A ameaça tanto poderia ser causada por pessoas como por outras circunstâncias além do controle do acusado.

No que tange ao erro de fato e ao erro de direito, eles não excluem, necessariamente, a responsabilidade. O erro de fato, de acordo com o artigo 32, parágrafo 1º, apenas exclui a responsabilidade, caso se elimine a capacidade de o agente compreender aqueles elementos psicológicos mencionados no artigo 30. Quanto ao erro de direito, apenas admite-se a possibilidade de exclusão, caso elimine a capacidade de discernimento do agente, no que toca aos mesmos elementos do artigo 30, ou ainda, no caso de ordens superiores, quando o subordinado que recebeu as ordens não sabia que a ordem era ilegal ou se ela não era manifestamente ilegal (alíneas “b” e “c” do artigo 33 do estatuto), restando claro que qualquer ordem no sentido da prática de crimes contra a Humanidade ou de genocídio é manifestamente ilegal, nos termos do parágrafo 2º do artigo 33.

No que tange à composição do tribunal, o artigo 36, parágrafo 8º, estipula interessante regra para a escolha dos juízes, uma vez que existem três critérios, que

devem ser preenchidos: todos os principais sistemas legais existentes no mundo devem estar representados; deve existir uma equânime representação geográfica; e, por fim, deve haver uma composição justa, em termos da proporção de juízes homens e mulheres.

O estatuto também consolida um avanço constante dos estatutos dos tribunais esporádicos internacionais, pois a pena máxima hipotética é de prisão perpétua, assim mesmo, apenas nos casos de extrema gravidade, tendo-se em vista as circunstâncias individuais do condenado (artigo 77, parágrafo 1º, alínea “b”). A regra é a da pena máxima, limitada a 30 anos (alínea “a”).

Uma informação adicional sobre o Tribunal Penal Internacional diz respeito à execução das sentenças condenatórias. Normalmente, não há dúvidas, quando alguém é condenado em um dado país, que tenderá a cumprir a pena em estabelecimentos prisionais daquele. Porém, no caso do TPI, não há um Estado específico que venha a ser o guardião do condenado, *a priori*. Os Estados manifestarão o seu interesse à corte de servir como local de guarda do condenado, a qual, dentro da lista de Estados ansiosos para atuar nessa condição, escolherá um (artigo 103, parágrafo 1º, alínea “a”). No caso de nenhum Estado candidatar-se a ficar com a guarda do condenado, o Estado hospedeiro, atualmente os Países Baixos, fornecerá o local da guarda, com o custeio do prisioneiro sendo arcado pela corte.

Indiscutivelmente, o Tribunal Penal Internacional representa um sensível avanço no sentido da eficácia na punição de indivíduos que violam os direitos inerentes a todo e qualquer ser humano. É essa característica dos crimes mencionados no estatuto que serve de fundamento para a existência de uma jurisdição universal. Ela, em outras palavras, significa limitar os poderes de soberania dos Estados, em casos específicos - nos quais a gravidade da conduta e o risco de um simulacro de julgamento no Estado de origem aconselham que a comunidade internacional intervenha.

O raciocínio estaria perfeito, caso um pequeno detalhe não fosse esquecido. De que adianta estar o TPI em pleno funcionamento, se a potência hegemônica, além de não aderir ao acordo que o criou<sup>34</sup>, realiza uma diplomacia paralela, com a finalidade de, através de acordos bilaterais<sup>35</sup>, evitar que nacionais seus venham a ser investigados, processados e eventualmente condenados pela corte?

Fica evidenciado que essa limitação dos poderes de soberania somente ocorre com aqueles Estados que já têm tido os seus poderes de soberania limitados, de alguma forma, nessa nova ordem mundial.

---

<sup>34</sup> WRANGE, 2003. p. 4. *Verbis*: “But the change had actually begun earlier than that. On 17 July 1998, 120 countries chose to adopt the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC). Six countries voted against, including one liberal democracy, the United States of America, which up until Rome had been one of the driving forces for the Court.”

<sup>35</sup> GONÇALVES. op. cit. p. 298. Haveria mais de setenta acordos de imunidade, até janeiro de 2004.

## 10. Jurisdição Exorbitante

Ocorre que, além da evolução da jurisdição universal, também se observa o desenvolvimento de uma espécie de jurisdição ainda mais agressiva à soberania nacional, porque não pressupõe qualquer tratado internacional - como ocorreu no caso do TPI, no qual o Estado soberano pode, voluntariamente, abdicar de parcela de sua soberania. É uma hipótese bastante diversa a da jurisdição exorbitante. Nela, um dado Estado acha-se no direito de processar e julgar nacional de outro Estado, sob o fundamento de dano a bens ou nacionais seus, mediante a aplicação do Princípio da Extraterritorialidade.

A prática moderna, iniciada com o seqüestro de líderes nazistas<sup>36</sup>, em países da América do Sul<sup>37</sup>, volta-se, novamente, contra derrotados. Agora, destina-se a punir participantes de ditaduras militares da América do Sul, as quais receberam toda a espécie de ajuda da parte da atual potência hegemônica para atingir ou manter-se no poder.

Um documento que auxilia na compreensão do raciocínio utilizado pelos defensores da jurisdição extraterritorial no caso de violação aos direitos humanos é a

---

<sup>36</sup> MATTOS. op. cit. p. 237-238. O autor analisa a regularidade do julgamento de Eichmann. *Verbis*:

“Refugiado na Argentina, foi Eichmann ilegalmente capturado por elementos israelenses, a quem o Estado de Israel não reconheceu qualquer vinculação oficial.

“O problema foi levado ao Conselho de Segurança da ONU, pela Argentina, o qual considerou o ato de apreensão contrário ao Direito Internacional e à soberania dos Estados.

“Israel considerou-se competente para julgar Eichmann, com base em motivos de ordem moral e jurídica. Entre esses, como observa Gilda Russomano, está o discutível princípio da repressão universal e os princípios constantes da Convenção Internacional contra o Genocídio, vinculados a normas contidas na Declaração Conjunta de 1943, entre EUA, Inglaterra, e ex-URSS, sobre as atrocidades alemãs (*sic*) durante o II Conflito Mundial.

“Assim, segundo a mesma autora, Israel tinha três caminhos a seguir. O primeiro, teria por fundamento o art. 8o da Convenção sobre Genocídio, hipótese em que Israel solicita à ONU o estabelecimento de um Tribunal Internacional para julgar Eichmann.

“O segundo, os arts. 6o e 7o da mesma Convenção que, respectivamente, fixam a competência pelo foro do delito e nega ao genocídio o caráter de crime político para fins de extradição, razão por que Israel deveria solicitar à Alemanha o julgamento de Eichmann, ficando a Argentina obrigada à entrega do acusado.

“O terceiro, com apoio ainda no Tratado de Extradicação, firmado entre Israel e Argentina, seria solicitada a entrega de Eichmann, que seria, posteriormente, apresentado ao tribunal competente.

“Ocorre que, em qualquer dessas hipóteses, não seria Israel competente para julgar Eichmann, motivo por que sua atitude foi contrária ao Direito Internacional. Além disso, era Israel incompetente para julgá-lo. Em primeiro lugar, porque ainda não era, verdadeiramente, um Estado, na época em que ocorreram os fatos delituosos. Em segundo lugar, pela ilegalidade de que se revestiu o ato de captura. E, finalmente, porque ostensivamente desrespeitou um tratado coletivo, que livremente negociou, assinou e ratificou, qual seja, a Convenção Internacional contra o Genocídio, cujos princípios jurídicos ignorou.”

<sup>37</sup> SINGER, Peter. op. cit. p. 148/149. *Verbis*: “Na época do caso Pinochet, a Anistia Internacional apresentou sólidos argumentos em favor da idéia de que o direito internacional reconhece a jurisdição universal por crimes contra a humanidade. O julgamento de Adolf Eichmann em Israel costuma ser citado como precedente dessa concepção. Eichmann, sob as ordens de Himmler e Heydrich, foi encarregado do assassinato de judeus sob o regime nazista. Seqüestrado na Argentina e levado de avião para Israel, Eichmann foi julgado e depois executado. Embora o método pelo qual foi levado para Israel tenha sido de legalidade duvidosa, todos aceitaram a idéia de que Israel tinha o direito de atribuir a si a jurisdição sobre atos criminosos cometidos na Alemanha. Além disso, a Suprema Corte de Israel não reclamou para si essa jurisdição por ser Israel o representante das vítimas de Eichmann, mas em vista da jurisdição universal para crimes contra a humanidade. Os crimes de Eichmann contra ciganos, poloneses e outros não judeus também foram levados em conta nos procedimentos legais em Israel.”

declaração submetida à Comissão de Direitos do Homem das Nações Unidas, no curso da 54ª sessão, relativa àquelas causas levadas à Corte Espanhola de Justiça (Audiência Nacional Espanhola), acerca dos desaparecidos espanhóis durante as ditaduras militares argentina e chilena<sup>38</sup>. Trata-se de ações movidas por uma organização não-governamental - uma outra característica dessa nova ordem jurídica mundial, como se verá mais adiante, oportunamente -, a União Progressista dos Acusadores Públicos (Unión Progresista de Fiscales), em 1996 contra integrantes da junta militar argentina e contra componentes da junta militar chilena, por delitos cometidos, respectivamente, entre 1976 e 1983, e entre 1973 e 1990.

O que se afirmava no documento é que a vitória nessas causas representaria uma vitória contra a impunidade<sup>39</sup>, porém, que tal vitória enfrentaria problemas como o alegado desrespeito a convenções de colaboração jurisdicional e a resistências encontradas na própria Espanha.

Alegam que os tribunais espanhóis seriam competentes para conhecer das referidas causas, com base no Princípio da Jurisdição Penal Universal e da Personalidade Passiva, existentes na lei interna e no Direito Internacional. Como a Declaração Internacional dos Direitos do Homem faria parte integrante da Constituição da Espanha e a Declaração Universal dos Direitos do Homem seria obrigatoriamente empregada para interpretar regras constitucionais a elas relacionadas, as regras constantes nas convenções internacionais de Direito Internacional Humanitário também fariam parte do direito interno espanhol: Convenções de Genebra, de 1949; Convenção contra o Crime de Genocídio de 1948; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966; Convenção contra a Tortura, de 1984, entre outras.

Afirmam os seus autores que tais convenções também fariam parte do direito interno argentino e do chileno. De igual modo, o artigo 23.4 da Lei Orgânica da Magistratura Espanhola atribuiria competência ao judiciário nacional para conhecer de feitos cometidos por espanhóis ou por estrangeiros fora do território nacional, desde que os fatos possam ser classificados, dentre outros, como delitos de genocídio ou terrorismo. Afirma-se que oficiais das forças armadas do Chile e da Argentina teriam

---

<sup>38</sup> Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/t82.html>>. Acesso em 23 nov. 2005.

<sup>39</sup> PERRONE-MOISÉS, 2002. p. 286/287. Na modalidade "impunidade", a doutrinadora refere-se às Leis da Anistia, que foram instituídas no Brasil (Lei nº 6.683/79), Argentina (Lei nº 23.492/86 e Lei nº 23.521/87), Uruguai (Lei nº 15.848/86) e Chile (Decreto-Lei nº 2.191/78), além de El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Peru e Suriname. Afirma que, muito embora tenham sido necessárias no direito interno, para permitir a transição para a democracia, isso não significaria que, na órbita internacional, os demais países estejam obrigados a cumpri-las. Essa pequena diferença entre ordenamento interno e ordem internacional permitiria a aplicação da jurisdição universal.

cometido delitos de genocídio, extermínio, assassinatos, desaparecimentos forçados, tortura, perseguição política e detenções prolongadas, de modo que cada um deles e o seu conjunto teriam violado normas de *jus cogens* do Direito Internacional e interno. No que toca ao crime de terrorismo, o costume internacional já o reconhecia como tal. Alega-se que a Suprema Corte do Chile já teria considerado a polícia secreta do regime Pinochet como organização criminosa.

Outro argumento da ONG é de que não se poderia esperar que tais delitos fossem objeto de denúncia em seus países de origem, o que impediria a aplicação da vedação contida no artigo 23.2 da Lei Orgânica da Magistratura da Espanha, sendo competente a Justiça Espanhola. Afirma-se que alguns oficiais já estavam sendo anistiados ou recebendo graça, em razão de leis que consideravam que eles cumpriam ordens superiores ou que simplesmente proclamavam anistia geral.

Ora, a Comissão Interamericana dos Direitos do Homem da Organização dos Estados Americanos teria considerado tais normas contrárias ao que estabelecia o artigo 1.1 da Convenção Americana dos Direitos do Homem. Tal dispositivo da Lei Orgânica da Magistratura, que atribui competência à Justiça Espanhola, poderia ser aplicado a crimes cometidos anteriormente a julho de 1985 - data de entrada em vigor da norma -, por se tratar de norma processual.

A questão intertemporal, no tocante à lei material aplicável, também seria favorável aos autores, porque já existiriam instrumentos legais definindo tais crimes no Direito Internacional. Além disso, os crimes contra a humanidade são imprescritíveis e inaniistiáveis. Como se não bastasse, as normas já existentes proibiriam o acolhimento da exceção de obediência, no caso de ordens superiores manifestamente ilegais, como ocorre, por exemplo, no caso do crime de genocídio.

Ora, esse tipo de construção baseou, por exemplo, a detenção do ex-ditador chileno Augusto Pinochet, durante a sua estada em Londres, uma vez que existia processo já movido contra ele na Espanha. No Caso Pinochet, a existência de uma Convenção contra a Tortura, de 1984, do qual o Chile é signatário, teve papel determinante na decisão da Câmara dos Lordes, que concordou com a tese da extradição do ditador para a Espanha<sup>40</sup>.

Outro exemplo, ainda mais dramático, dá-se com o Caso Sharon, o qual é investigado em procedimento movido na Bélgica, por causa das atrocidades cometidas nos

---

<sup>40</sup> SINGER. op. cit. p. 148-149.



campos de refugiados em Sabra e Chatila, no sul do Líbano<sup>41</sup>. Nesse caso, as vítimas não eram belgas, nem os agressores. A Bélgica reconhece o Princípio da Jurisdição Universal, já tendo condenado quatro cidadãos ruandeses por genocídio e representantes do Judiciário já foram ao Chade, após queixas formais de parentes de vítimas de tortura e assassinato, investigar provas contra o ex-ditador Hissène Habré, detido no Senegal, em 2001, a fim de averiguar se era o caso de pedir a sua extradição para julgamento na Bélgica<sup>42</sup>.

O problema que normalmente ocorre na aplicação da jurisdição exorbitante, na esfera penal internacional, é o da eficácia. A não ser que ocorra uma detenção do acusado em um terceiro país, mediante acordo de cooperação internacional, será extremamente difícil que um nacional de um dado país se submeta a julgamento em um outro, de livre e espontânea vontade. Ou ainda, que o país hospedeiro do acusado internacional acolha o requerimento de cooperação do país onde o processo está sendo movido, como ocorreu no Caso Barbie.

Assim mesmo, naquela hipótese, o acusado só foi preso na Bolívia em razão de uma dívida contraída na década de 70, que não havia sido paga. Enquanto estava detido, o governo civil boliviano declarou a sua expulsão do país, sob o fundamento de uso de identidade falsa (Klaus Altmann, cidadão boliviano) e entrou em contato com autoridades francesas, que forneceram um avião, que levou o acusado do país para a Guiana Francesa, onde recebeu a notícia de sua detenção<sup>43</sup>.

O caminho normal para a cooperação internacional realizar-se seria através da extradição, mas havia resistências políticas na Bolívia.

O Caso Pagliai, bastante mais complicado, também envolvendo a Bolívia, é emblemático. Logo após a posse do governo civil de Siles Suazo, o serviço secreto italiano e o norte-americano decidiram seqüestrar o terrorista de direita, responsável por alguns atentados na Itália, para fins de levá-lo a julgamento. O governo italiano havia requerido a sua extradição em 1982, mas o governo boliviano a havia recusado, sob o fundamento de que não teria como localizá-lo.

---

<sup>41</sup> Ibid. p. 152-153. *Verbis*: “No mesmo mês (julho de 2001) em que foram publicados os Princípios de Princeton, os temores que Lorde Browne-Wilkinson exprimira aproximaram-se mais de se tornar realidade. Ironicamente, em vista do papel que o caso Eichmann desempenhou para firmar o princípio da jurisdição universal, dessa vez foi o ministro israelense das Relações Exteriores que se mostrou temeroso com a possibilidade de representantes de seu país serem levados às barras dos tribunais. Aconselhou seus funcionários a tomar cuidado quando viajassem para o exterior, dado que alguns países poderiam acusá-los de violar os direitos humanos dos palestinos. A advertência se seguiu à apresentação de uma queixa-crime na Bélgica por sobreviventes do massacre de palestinos ocorrido em 1982 nos campos de refugiados de Sabra e Chatila, sendo acusado o primeiro-ministro israelense Ariel Sharon. Embora os executores do massacre tenham sido os aliados libaneses, cristãos de Israel, uma investigação oficial israelense atribuiu ‘responsabilidade indireta’ a Sharon, então Ministro da Defesa, por não ter tomado medidas para interromper a matança. Na Dinamarca, também se falou da possibilidade de deter o embaixador israelense, Carmi Gillon, ex-chefe do serviço secreto de Israel, que apoiara o uso de ‘pressão física moderada’ durante o interrogatório de suspeitos de atividades terroristas”.

<sup>42</sup> Ibid. p. 150.

<sup>43</sup> LINKLATER; HILTON; ASCHERSON. 1985. p. 342-351.

Assim, o terrorista foi, inicialmente, baleado no pescoço em Santa Cruz de la Sierra e largado em um hospital. Quando o seu estado de saúde teria se estabilizado, teria sido levado para La Paz e para San Juan (Argentina), de onde seguiu para Roma. Em Roma, sobreviveu por apenas um dia, sem condições de depor. O terrorista foi “expulso” da Bolívia, tendo sido a ordem de expulsão assinada no Aeroporto de El Alto, próximo a La Paz, pelo Ministro do Interior, sob pressão de diplomatas norte-americanos<sup>44</sup>.

Nem se diga que esse tipo de conduta - seqüestro forçado e utilização da jurisdição exorbitante - não seria uma característica da atual ordem jurídica internacional. O cárcere de Guantánamo - como consta do Relatório Schlessinger, feito por uma comissão independente - é um exemplo. Abu Ghraib também representa bem esse tipo de conduta, bem como - se existentes - as denunciadas prisões secretas da potência hegemônica na Europa Oriental, para alojamento de “terroristas”.

Observa-se, em realidade, um regime jurídico dual na atual ordem jurídica internacional, no tocante à investigação, ao processamento e ao julgamento de delitos contra os direitos humanos universais. Existe uma comunidade internacional ciosa em aprimorar juridicamente os institutos relacionados a essas funções, sendo o Tribunal Penal Internacional o grau máximo atingido nessa tentativa. Ao mesmo tempo, aqueles dotados de maior poder econômico e militar prosseguem atuando como poderes acima da soberania dos Estados, fazendo as suas próprias leis para cada caso concreto e realizando *manu militare* aquilo que consideram ser justiça.

De qualquer modo, há sensível redução dos poderes soberanos dos Estados, porque seus nacionais estão sendo processados e julgados por corpos jurisdicionais estranhos aos seus. Só que, no primeiro caso, há uma renúncia ao exercício dos poderes soberanos através de tratado ou convenção internacional, bem como a utilização civilizada dos mecanismos de cooperação internacional cada vez mais aprimorados. No segundo, há a prática de delitos bastante assemelhados àqueles dos quais são acusados os indivíduos detidos - sem culpa formada, sem respeito a qualquer princípio de direito penal ou direito processual penal - da parte de Estados.

## 11. O Julgamento dos Estados e a Soberania Nacional

Além da sujeição dos indivíduos a outros foros, também existe a sujeição, cada vez maior, de Estados a foros internacionais ou mesmo à arbitragem. O Estado é levado às barras dos tribunais, a fim de que seja verificada a sua responsabilidade sobre

---

<sup>44</sup> Ibid. p. 331-339.

atos - ou omissões - cometidos por seus prepostos. No plano interno, a tese do “King can do no wrong” há muito tem sido desconsiderada, em especial nos países de tradição romanista<sup>45</sup>. No plano internacional, existe o óbice da imunidade recíproca dos Estados, baseada no princípio *parem im parem, non habet imperium*. Tal exceção encontra amparo, exatamente, no reconhecimento da soberania estatal.

Atualmente, a responsabilidade do Estado é um princípio fundamental do Direito Internacional<sup>46</sup>. Os requisitos para tal responsabilização são: a existência de uma obrigação internacional em curso; a ocorrência de ato ou omissão, violadores da obrigação, que sejam imputáveis ao Estado; e o prejuízo resultante do ato ou omissão ilegal<sup>47</sup>. A responsabilidade dos Estados, no plano internacional, ainda encontra-se incerta, do ponto de vista da necessidade de prova da culpa. Entretanto, a maior parte dos casos julgados e das opiniões acadêmicas inclina-se pela doutrina da responsabilidade objetiva<sup>48</sup>.

Ocorre que a imputabilidade da responsabilidade a determinado Estado nem sempre é questão óbvia, principalmente, levando-se em conta a questão do controle ou direção. Assim, por exemplo, no caso dos Contras da Nicarágua, segundo o entendimento da Corte Internacional de Justiça, a atual potência hegemônica não foi responsabilizada pelos crimes de guerra cometidos pelos paramilitares que apoiava, porque se entendeu inexistir o efetivo controle das referidas tropas pelos Estados Unidos.

No Caso Tadic, porém, em curso no Tribunal de Crimes de Guerra da Ex-Iugoslávia, adotou-se uma postura mais flexível - o grau de controle exigível deve variar de acordo com as circunstâncias e um controle total nem sempre é exigível para caracterizar a responsabilização -, levando-se em conta que, no último, quem era julgado era um indivíduo, não um Estado<sup>49</sup>. Afinal de contas, há de se refletir se a diversidade de parâmetros da Corte Internacional de Justiça, relativamente aqueles das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, não contribui para o descrédito na justiça e no Direito Internacional.

---

<sup>45</sup> MEIRELLES, 1983. p. 537. *Verbis*: “A doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública evoluiu do conceito de irresponsabilidade para o de responsabilidade com culpa, e deste para o da responsabilidade sem culpa. Por outras palavras, passou-se da fase de irresponsabilidade da Administração, para a fase da responsabilidade civilística e desta para a fase da responsabilidade pública em que nos encontramos. Sob o domínio dos governos absolutos negou-se a responsabilidade do Estado, secularizada na regra inglesa da infalibilidade real - The King can do no wrong - extensiva aos seus representantes; sob influência do liberalismo, assemelhou-se o Estado ao indivíduo, para que pudesse ser responsabilizado pelos atos culposos dos seus agentes; finalmente, em nossos dias, atribui-se à Administração Pública uma responsabilidade especial de direito público. A doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas Nações que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, pelo Crown Proceeding Act, de 1947, e pelo Federal Tort Claims Act, de 1946. Cairam, assim, os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes.”

<sup>46</sup> SHAW, 2003. p. 694.

<sup>47</sup> *Ibid.* p. 696.

<sup>48</sup> *Ibid.* p. 698.

<sup>49</sup> *Ibid.* p. 704-705.

A responsabilidade internacional dos Estados, em seu desenvolvimento histórico, como se não bastasse, sempre duelou com a regra da obrigatoriedade de esgotamento dos recursos internos, iniciando-se uma corrente a favor da tese da responsabilização do Estado, internacionalmente, apenas em meados do século XIX, ainda que sem o esgotamento de todos os recursos existentes no direito interno no campo da responsabilidade por danos causados a estrangeiros<sup>50</sup>.

A distinção que se faz, atualmente, é no sentido da desconsideração da Teoria da Exaustão no caso de o Estado haver cometido violação direta do Direito Internacional, assim como quando se desrespeita a inviolabilidade dos agentes diplomáticos - matéria regulada por tratados internacionais. Ela não pode ser desconsiderada, porém, quando um Estado alega alguma espécie de prejuízo a nacionais seus, em território alheio<sup>51</sup>.

Nada impede, porém, que a Teoria da Exaustão dos Remédios Locais seja posta de lado, por força de tratado específico, como ocorreu no artigo 5º da Convenção de 1923 entre México e Estados Unidos ou no artigo 11 da Convenção de 1972 sobre Danos Causados por Objetos Espaciais<sup>52</sup>.

Outro obstáculo normalmente encontrado no Direito Internacional, para obter a responsabilização internacional do Estado, é a exceção de domínio reservado. Desde a época da Liga das Nações, por pressão da delegação norte-americana, tal exceção já se achava positivada - no artigo 15(8) do Pacto -, de modo a impedir que aquela organização internacional interviesse em determinados assuntos, considerados de alçada exclusiva da jurisdição interna<sup>53</sup>. A grande dificuldade existente é definir, exatamente, o que seria matéria de domínio reservado do Estado, excluída da apreciação de uma instância julgadora internacional.

Essas alegações, a rigor, são meros argumentos levados pelo Estado à corte, quando já acionado. Tais obstáculos, hoje, afiguram-se muito menos intransponíveis que há alguns anos. Com efeito, o acesso à justiça, no plano internacional, tem sido aprimorado. Inicialmente, sequer se considerava o indivíduo como pessoa de direito internacional. Atualmente, essa nova visão permite que um dado indivíduo acione um

---

<sup>50</sup> TRINDADE, 2002. p. 371-372. A questão é bastante bem posta, *verbis*: "O estudo do nascimento da responsabilidade internacional dos Estados pressupõe o exame da natureza jurídica da regra do esgotamento dos recursos do direito interno. As diversas teorias a esse propósito têm geralmente seguido duas correntes de pensamento: sustenta a primeira que a responsabilidade internacional se configura uma vez esgotados os recursos internos, enquanto a segunda defende seu início imediato a partir do momento da violação do direito internacional (sem o esgotamento dos recursos internos)".

<sup>51</sup> SHAW. op. cit. p. 731.

<sup>52</sup> *Ibid.* p. 731.

<sup>53</sup> TRINDADE. op. cit. p. 412-413.

Estado em tribunais de direitos humanos, a fim de garantir a sua eficácia<sup>54</sup>, ainda que isso não ocorra na Corte Internacional de Justiça da mesma forma que não ocorria na vetusta Corte Permanente de Justiça Internacional.

De qualquer modo, pelo menos no campo dos direitos humanos, os avanços são facilmente observáveis, em especial com a adoção do Princípio da Jurisdição Obrigatória. Esse princípio está insculpido no artigo 46 do texto original da Convenção Europeia de Direitos Humanos e no artigo 62 da Convenção Americana<sup>55</sup>.

Ele está francamente relacionado a outro princípio básico de Direito Internacional, de que o tribunal internacional possui competência para resolver qualquer controvérsia atinente à sua própria jurisdição - a “competência da competência” -, que decorre da aceitação dos Estados da jurisdição internacional<sup>56</sup>, o que, normalmente, se dá através dos tratados e convenções que criam os estatutos dos tribunais. Evidentemente, há uma perda, da parte do Estado-membro, de parcela de sua soberania. Mas se o Estado é soberano, é soberano para ceder, voluntariamente, algum ou alguns de seus poderes a outrem. É consequência da própria existência da soberania estatal.

Mas onde são acionados os Estados<sup>57</sup>? Ora, as disputas que envolvem algum Estado podem ser resolvidas por arbitragem ou por via judicial. No segundo caso, a primeira

---

<sup>54</sup> Ibid. p. 560. Mas essa foi uma conquista recente, *verbis*: “Aún así, em el plano global, fué necesario esperar hasta la primera mitad de los años setenta para que se concretizase el derecho de petición, em los mecanismos tanto convencionales (tratados y convenciones de derechos humanos) como extra-convencionales (establecidos por resoluciones) em el ámbito de las Naciones Unidas. Paralelamente, juntamente em el plano regional europeo, el derecho de petición individual, juntamente con la noción de garantía colectiva, pasaron a constituir dos de los trazos más sobresalientes del nuevo sistema de protección inaugurado por la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, y, a *fortiori*, de todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”

<sup>55</sup> Ibid. p. 584.

<sup>56</sup> Ibid. p. 585.

<sup>57</sup> PINTO, 2004. p. 81. A doutrina responde de uma forma exaustiva, *verbis*:

“En el contexto del derecho internacional general actúan la Corte Internacional de Justicia, la Corte Permanente de Arbitraje, el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, la Corte de Conciliación y Arbitraje de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa. En el ámbito del comercio internacional y de las inversiones se cuentan el Sistema de Solución de Controversias de la Organización Mundial del Comercio, el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones (CIADI), la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

“Los derechos humanos aportan varias instancias cuasijurisdiccionales como el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Convención Internacional sobre el mismo tema, el Comité contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, los sistemas de denuncias internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el sistema de queja colectiva de la Carta Social Europea.

Existem también tres tribunales penales internacionales : el de la antigua Yugoslavia, el de Ruanda y la Corte Penal Internacional.

“Los bancos internacionales tienen sus panels de inspección: el del Banco Mundial, el del Banco Interamericano de Desarrollo y el del Banco Asiático de Desarrollo.

“En el campo de la integración y de las asociaciones de libre comercio existen la Corte de Justicia de la Unión Europea, la Corte de la Asociación Europea de Libre Comercio, la Corte de Justicia de la Comunidad Andina, la Corte de Justicia de Centroamérica, la Corte de Justicia del Mercado Común para el Este y el Sur de África y el procedimiento de solución de controversias del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).”

Não se sabe se a ausência de referência ao MERCOSUL é intencional...

corte na qual se pensa é a Corte Internacional de Justiça, principal órgão judiciário das Nações Unidas. A referida corte, porém, ao contrário do que ocorre com os tribunais de direitos humanos, possui jurisdição facultativa<sup>58</sup> e somente os Estados podem ter acesso a ela<sup>59</sup>. Um dado interessante é que o Estado pode ser parte em disputa existente na Corte Internacional de Justiça, mesmo que não seja Estado-Membro da ONU, como já ocorreu com a Suíça, a qual somente tornou-se membro daquela organização internacional, em setembro de 2002<sup>60</sup>.

Mas para que serve a Corte Internacional de Justiça<sup>61</sup>, qual a sua competência? O seu estatuto define que ela é competente para interpretar tratados, bem como qualquer ponto de Direito Internacional, verificar a existência de fato que possa representar violação de compromisso internacional e delimitar a natureza e extensão da reparação, em razão da ruptura de compromisso internacional<sup>62</sup>. A Corte Internacional de Justiça, assim, apresenta um dupla face: ao mesmo tempo em que decide disputas entre os Estados, também emite opiniões, quando solicitada, acerca de determinados temas<sup>63</sup>.

Outro tribunal internacional é o Tribunal Internacional de Direito Marítimo, conforme previsão da Convenção sobre Direito Marítimo, de 1982. O referido tribunal, sediado em Hamburgo, aplica as normas da referida convenção e qualquer outra norma de Direito Internacional, que não seja incompatível com aquele.

---

<sup>58</sup> SEITENFUS, 2005. p. 156. A questão da jurisdição “facultativa” é bem mais complicada. Na verdade, o que existe é uma “cláusula facultativa de jurisdição obrigatória”, porque a jurisdição é obrigatória somente para os Estados que se manifestarem expressa e inequívoca concordância. Assim mesmo, pode haver denúncia da declaração de submissão, como ocorreu com a França em 1974 e com a atual potência hegemônica em 1985. Esclarece o autor que, dos 185 Estados membros da ONU, apenas 59 reconhecem a jurisdição obrigatória da CIJ.

<sup>59</sup> Ibid. p. 155-156.

<sup>60</sup> SHAW. op. cit. p. 972.

<sup>61</sup> SEITENFUS. op. cit. p. 157-158. A pergunta poderia parar por aí, como salienta bem o pesquisador, quando comenta a atuação dos juízes, *verbis*: “O desempenho dos juízes merece uma série de observações. Em primeiro lugar, o ritmo de atividade da Corte está dissociado da complexidade da vida internacional contemporânea, uma vez que tem julgado, em média, menos de dois casos por ano, em seus cinquenta anos de existência. Por outro lado, há uma distorção da atividade propriamente judiciária com a intenção de satisfazer todas as partes envolvidas, inclusive e especialmente o perdedor. Neste sentido, a Corte age como se fosse um foro de arbitragem, quando deveria ter a independência e a autoridade de um Tribunal. Isso tem se acentuado com o funcionamento de Câmaras próprias para este fim, por solicitação das partes [...] Soma-se ao método o perfil do juízes, que não raras vezes representam, na Corte, as posições políticas de seu governo, numa completa distorção de suas funções. Os juízes dos pequenos países, pelo que se observa das declarações de voto, que são obrigatórias, tendem a ser mais independentes. Logo, os grandes conflitos internacionais têm passado à margem do principal órgão judiciário da ONU, causando uma sensação de impunidade dos infratores do direito internacional e um mal-estar generalizado, pois prioriza menos o direito e mais a negociação. Justamente por esta razão, a Corte é pouquíssimo conhecida dos cidadãos, que tanto dela precisam no mundo inteiro.”

<sup>62</sup> Ibid. p. 156.

<sup>63</sup> SHAW. op. cit. p. 972.

Como assinala a doutrina, uma das características das últimas décadas é a proliferação de tribunais internacionais e regionais<sup>64</sup>. Sem embargo, além dos tribunais internacionais já citados, há a Corte Européia de Justiça, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunais especiais de crimes de guerra e contra a humanidade, Tribunal Penal Internacional, Corte Africana de Direitos Humanos, além de vários outros aparatos similares ao jurisdicional, como o mecanismo de solução de controvérsias comerciais da Organização Internacional do Comércio, e outros tribunais, de cunho administrativo, sem falar nos tribunais arbitrais de todo o gênero. Tudo isso enfatiza a perda de poderes de soberania da parte dos Estados Nacionais, especificamente naquele campo de dizer o direito, através do monopólio do poder de substituir-se às partes e distribuir justiça.

O aspecto da arbitragem também é bastante revelador, no tocante à mudança da forma de atuação do Estado. O monopólio da distribuição da justiça, em relação a “competidores” estrangeiros, mesmo quando alguma parte é nacional - ou, mesmo, ele próprio - definiu sobremaneira, sendo o caso brasileiro emblemático. A partir da entrada em vigor da Lei nº 9.307/96 e da adesão do Brasil aos termos da Convenção de Nova Iorque, de 1958, está aberto o caminho para o reconhecimento de laudos arbitrais - equiparados a sentenças judiciais, para todos os fins - estrangeiros (oriundos de países-membros, ou não, da dita convenção), havendo quem sustente a desnecessidade de prévia homologação pelo Excelso Pretório, em razão do artigo 3º da mesma<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Ibid. p. 1.011. O trecho merece transcrição, coincidindo com o ponto de vista apresentado nesta monografia, *verbis*: “The proliferation of judicial organs on the international and regional level has been one characteristic of recent decades. The European Court of Justice, The European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights are joined by the two Tribunals examining war crimes in Bosnia and Rwanda and by the new International Criminal Court, while an African Court of Human Rights is likely to be established before too long. In addition, the International Tribunal for the Law of the Sea has started operating and a variety of other relevant mechanisms have arisen, ranging from the World Trade Organisation’s Dispute Settlement provisions to administrative tribunals. Again, the work of arbitration tribunals, whether established to hear one case or a series of similar cases, is of direct relevance. It is unclear how this may impinge upon the work of the International Court. Some take the view that proliferation will lead to inconsistency and confusion, others that it underlines the vigour and relevance of international law in an era of globalisation. Evidence to date suggests the latter than the former. Many of the other tribunals concern disputes between individuals and states rather than inter-state disputes and those in specialist areas, such as human rights, investment problems or employment issues. The International Tribunal for the Law of the Sea is beginning to deal with questions that have been before the International Court, such as jurisdiction and nationality and provisional measures issues, but it is also concerned with specific and limited matters, particularly the prompt release of arrested foreign vessels, and non-state parties may become parties to cases before it. Nevertheless, all of these courts and tribunals and other organs relate in some way to international law and thus may contribute to its development and increasing scope. Together developing sense of interest in and knowledge of the work of such courts and tribunals. The special position of the International Court as the principal judicial organ of the UN and as the pre-eminent inter-state forum has led some to suggest a referral or consultive role for it, enabling it to advise other courts and tribunals. However, it is difficult to see this as a realistic or practical project.”

<sup>65</sup> DOLINGER; TIBÚRCIO, 2003. p. 44-45.

## 12. Conclusão

Do que se observa das linhas anteriormente escritas, houve uma longa evolução histórica que permitiu o julgamento internacional de indivíduos acusados de crimes de guerra, crimes contra a paz ou contra a humanidade. Tal atividade jurisdicional evoluiu de uma forma ilegítima e írrita para um aparato fulcrado em normas respeitadoras dos direitos mais elementares dos acusados, garantindo a institucionalização de tais cortes. Um último estágio de desenvolvimento foi a criação de um tribunal permanente, que elimina, de uma vez por todas, a insegurança jurídica e o risco de lesão a direitos fundamentais dos acusados. Falta apenas tornar-se eficaz, já que a potência hegemônica, por força da mudança havida nas relações internacionais, abandonou o multilateralismo construtivista, substituindo-o por um realismo unilateral.

Há de se notar que também as cortes destinadas a solucionar pendengas entre Estados também foram ampliadas em número, e há uma vertiginosa eclosão de casos, nos quais os Estados se submetem a arbitragens internacionais, utilizando-se, muitas vezes, a *lex mercatoria*. Como se os Estados não mais fossem dotados de soberania.

Sem embargo, a erosão da soberania dos Estados não se dá de forma uniforme. Ela é mais evidente para os Estados fracos, enquanto a potência hegemônica exercita os seus poderes de soberania como nunca. Quando o faz, desrespeita os direitos humanos mais mezinhos, tal como ocorre em Guantánamo. Resta saber se, algum dia, os responsáveis por esses delitos contra a humanidade virão a ser julgados por alguma corte internacional, ou se o próprio Direito Internacional não é mais que um fetiche a encobrir a dura realidade do jogo de forças entre predadores e predados.



### 13. Bibliografia

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado (Parte Especial): Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg: 1945-1946: A Gênese de Uma Nova Ordem no Direito Internacional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HEYDECKER, Joe J. ; LEEB, Johannes. *O Julgamento de Nuremberg*. 5. ed. Venda Nova: Íbis, 1966.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 1º Vol: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

LINKLATER, Magnus; HILTON, Isabel; ASCHERSON, Neal. *O Quarto Reich: Klaus Barbie e a Conexão Neonazista*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985.

MATTOS, Adherbal Meira. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MELLO, Celso Renato de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Leis da Anistia Face ao Direito Internacional: “Desaparecimentos” e “Direito à Verdade”. In: PIOVESAN, Flavia (Org.). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PINTO, Monica. *El Derecho Internacional: Vigência y Desafios en un Escenario Globalizado*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SHAW, Malcolm Nathan. *International Law*. 5 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SINGER, Peter. *Um Só Mundo: A Ética da Globalização*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TREDINNICK, Felipe. Tribunales Penales Internacionales. In: JUNIOR, Lier Pires Ferreira; ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim (Org.). *Direito Internacional & As Novas Disciplinarizações*. Curitiba: Juruá, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WECKEL, Philippe. La Cour Penale Internationale, Présentation Générale. *Revue Générale de Droit International Public*. 1998-4. Paris: A. Pedone, 1998.

WRANGE, Pal. Of Power and Justice. *German Law Journal*. Vol. 4. n. 9. 1º/9/2003. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=314>>. Acesso em: 4/5/2005, às 12h36.

Endereços eletrônicos consultados:

<http://www.icrc.org/dih.nsf/WebPrint/350-FULL?OpenDocument>

[http://www.ohchr.org/french/law/crimes\\_de\\_guerre.htm](http://www.ohchr.org/french/law/crimes_de_guerre.htm)

<http://www.un.org>

<http://www.cicr.org/ihl.nsf/WebPrint/555-FULL?Open Document>

<http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/t82.html>

# CAPACIDADE DOS ENTES FEDERADOS DE CELEBRAR TRATADOS EM MATÉRIA DE DIREITO SANITÁRIO\*

Theophilo Antonio Miguel Filho

Juiz Federal convocado pelo TRF da 2ª Região

## RESUMO

A análise conjunta e sistemática dos dispositivos constitucionais que tratam da personalidade jurídica de direito público externo da República Federativa do Brasil conduz ao raciocínio do reconhecimento aos entes da Federação da capacidade de celebrar compromissos em matéria de Direito Sanitário perante a comunidade internacional.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito Sanitário. Direito público externo. Tratados. Entes Federados

## SUMÁRIO

1. Introdução 2. A personalidade jurídica de direito público estatal 2.1 Classificação dos atos jurídicos estatais 3. Órbitas de atuação estatal 4. A questão terminológica 5. Condições de validade dos tratados 6. A análise exegética dos dispositivos constitucionais pertinentes 7. Município de Niterói x República de Cuba 8. Controle judicial dos ajustes celebrados por entidades federativas 9. Conclusão 10. Bibliografia 11. Anexos

## 1. Introdução

O presente trabalho desenrola-se ao longo de nove capítulos. Sustenta-se, no primeiro, que, por intermédio da personalidade jurídica de direito público estatal, reconhece-se ao Estado a prerrogativa de assumir direitos e obrigações perante a comunidade internacional.

Em seguida, classificam-se os atos jurídicos praticados pelo Estado para a consecução dos fins a que se propõe a atingir, dependendo da natureza da função desempenhada.

No terceiro capítulo identificam-se as duas órbitas de atuação do ente dotado de personalidade jurídica de direito público: a interna, de atribuição do Chefe de Governo; e a internacional, de incumbência do Chefe de Estado.

---

\* Monografia apresentada em maio de 2003 na Universidade de Brasília, no "Curso de Especialização à Distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal". Coordenadores: Prof. José Geraldo de Sousa Júnior e Prof. Márcio Iorio Aranha.

A questão terminológica é abordada no quarto capítulo, que trata da distinção entre tratados, acordos, convenções e atos internacionais, entre outras denominações.

A habilitação dos agentes signatários, o objeto lícito e possível, o consentimento mútuo e a capacidade das partes contratantes são as condições de validade dos tratados esmiuçadas no quinto capítulo, bem como o reconhecimento do *treaty-making power* aos entes federados brasileiros à luz dos pareceres emanados do órgão de consultoria do Itamaraty.

Procede-se, em seguida, no sexto capítulo, à análise exegética dos artigos 21, inciso I; 84, inciso VIII; e 52, inciso V, da Constituição da República, pertinentes ao tema, cuja conclusão conduz ao reconhecimento de capacidade aos entes federados de celebrar compromissos internacionais, mormente no tocante às peculiaridades inerentes ao Direito Sanitário.

O sétimo capítulo noticia protocolo de intenções pactuado entre o Município de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, e a República de Cuba, cujo objeto insere-se no âmbito do Direito Sanitário.

Os dois últimos tópicos do trabalho apresentam, respectivamente, a conclusão pela inexistência de óbices constitucionais à celebração, pelos Estados e Municípios brasileiros, de compromissos internacionais em matéria de Direito Sanitário, bem como a identificação das obras utilizadas na elaboração da presente monografia.

## 2. A personalidade jurídica de direito público estatal

O Estado é a sociedade soberana, surgida com a ordenação jurídica, cuja finalidade é regular globalmente as relações sociais de determinado povo localizado em delimitado território e submetido a um poder.

Trata-se de ente dotado de personalidade jurídica de direito público - interno e externo -, que lhe é conferida pela Constituição<sup>1</sup>, destarte, suscetível de aquisição de direitos e obrigações perante a ordem jurídica<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Segundo Carlos Ari Sundfeld, em *Fundamentos de Direito Público* (São Paulo, Malheiros Editores, 1992, p. 66), “É o Poder Constituinte quem cria o Estado e lhe dá a incumbência de produzir normas jurídicas. Assim, o Estado não exerce um poder soberano, no sentido de ‘poder sem limites jurídicos’. As competências do Estado são pelas normas constitucionais que as outorgaram. Poder soberano quem exerce é exclusivamente o Constituinte. Decorre disso que a personalidade jurídica do Estado lhe é atribuída pela Constituição. Logo, é uma personalidade jurídico-constitucional”.

<sup>2</sup> Dispõe o novo Código Civil, Lei número 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003, o seguinte: “Artigo 1º - Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. [...]”

Artigo 40 - As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

Artigo 41 - São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.”

Conforme Carlos Ari Sundfeld<sup>3</sup>, “o Estado é titular de direitos (direito de propriedade sobre o prédio público, direito de punir os indivíduos etc.) e de deveres (dever de pagar os vencimentos de seus funcionários, dever de respeitar a liberdade dos indivíduos etc.). Logo, o Estado é um centro unificador de direitos e deveres. Perante o Direito, é uma pessoa.”

Conseqüência de um Estado de Direito<sup>4</sup>, no qual elabora e edita a ordem jurídica positiva e a ela se submete, relaciona-se com outras pessoas, engendrando o surgimento de relações jurídicas, direitos e obrigações perante a órbita interna e internacional. Portanto, pratica atos jurídicos.

## 2.1. Classificação dos atos jurídicos estatais

Classificam-se esses atos estatais em legislativo, judicial e administrativo, exteriorizando-se, respectivamente, por intermédio da lei, da sentença e do ato administrativo propriamente dito. Podem estes últimos decorrer do *jure imperii*, quando o Poder Público age investido de suas prerrogativas próprias de autoridade, ou do *jure gestionis*, quando se despoja de suas prerrogativas, equiparando-se ao particular<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> SUNDFELD, op. cit. p. 64.

<sup>4</sup> Carlos Ari Sundfeld (op. cit., p. 38), define “Estado de Direito como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.”

Para Odete Medauar, em *Direito Administrativo Moderno* (São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 23):

“Na segunda metade do século XIX veio à luz a concepção de Estado de Direito, vinculada ao contexto das idéias políticas então existentes. Na sua formulação originária revestia-se de significado polêmico contra o Estado absolutista tardio e visava, na essência, a limitar o poder pelo direito, como garantia dos indivíduos contra o arbítrio. Com o Estado de direito os governantes e autoridades públicas submetem-se ao direito e são objeto de normas jurídicas, como os indivíduos, não estando, pois, acima e fora do direito.

“A expressão *Estado de Direito* pode levar a entender que a mera existência de uma Constituição e de um conjunto de normas, de conteúdo qualquer, permite qualificar um Estado como “de direito”. Na verdade, hoje, a concepção de Estado de direito liga-se a um contexto de valores e à idéia de que o direito não se resume na regra escrita. Seus elementos básicos são os seguintes: sujeição do poder público à lei e ao direito (legalidade); declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social.

“O Direito Administrativo vincula-se à concepção de Estado de Direito, justamente porque fixa normas para as atividades da Administração, que é um dos setores do Estado. Somente sob inspiração da idéia de Estado de direito seria possível fixar preceitos que protegem direitos dos indivíduos, perante a Administração, limitando o poder das autoridades.”

<sup>5</sup> Abordando a concepção de Jellinek sobre os atos jurídicos de direito público interno, “que mais atende ao modo de formação e manifestação da vontade do Estado do que à substância dos atos que a exteriorizam”, sintetiza Vicente Rao, em *Ato Jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*: O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração (4ª edição, São Paulo, 1997).

O ato administrativo concebe, também, a distinção em unilateral e bilateral, conforme se exija para o aperfeiçoamento a concorrência da manifestação volitiva da Administração Pública e do particular.

### 3. Órbitas de atuação estatal

Ente personificado que é, capaz de assumir direitos e obrigações perante terceiros, ora age no plano **interno**, editando norma de caráter impessoal, genérico e abstrato (função legiferante), administrando a *res* pública (função administrativa) e dizendo o direito aplicável ao caso concreto com o escopo de sua atuação e caráter substitutivo à vontade das partes (função jurisdicional); ora no **internacional**, mantendo relações com Estados estrangeiros, declarando guerra e fazendo paz, exercendo a soberania, daí defluindo sua personalidade jurídica de direito público interno e externo, exercida pelo Chefe de Governo e Chefe de Estado, conforme se depreende, respectivamente, da análise do artigo 21, incisos III a XXV, e I e II, da Constituição da República.

---

“O Estado manifesta sua vontade através de atos que tanto pertencem ao direito público quanto ao direito privado, mas, no direito público interno predominam os atos unilaterais que, de um lado, em provimentos (*Verfügung*) consistem e, de outro lado, em atos (por nós chamados colegiais) que, embora emanem de vários órgãos, interdependentes ou harmônicos, em vontade unitária, juridicamente, se fundem, que é a vontade própria e final do Estado (*Vereinbarung*). Mas, forma contratual assumem os atos criadores de relações entre o Estado e os indivíduos, ou seja, as relações que não podem ser geradas nem pelo provimento (*Verfügung*), nem pela *Vereinbarung*.

“Considerados do ponto de vista de seu conteúdo, todos esses atos se distinguem segundo a competência em que incidem.”

Prossegue o indigitado autor discorrendo acerca da teoria de Duguit, que:

“Considera o ato jurídico a manifestação da ‘vontade que obra com o intuito de produzir uma modificação na ordem jurídica tal qual existe no momento em que o ato é praticado, ou tal qual existirá em certo momento futuro’. A ordem jurídica, para o mesmo autor, consiste ‘no estado social que, em momento dado, existe de conformidade com as regras impostas aos membros de um grupo e com as respectivas situações jurídicas’. Assim concebidos, os atos jurídicos são objetivos ou subjetivos e se distinguem em *atos-regras*, *atos-condições* e *atos subjetivos*.

[...]

“Aplicando essas noções ao direito público, afirma Duguit (loc. cit., v. II/153 e ss.) que o Estado exerce suas funções jurídicas quando pratica *atos-regras*, *atos-condições* e *atos subjetivos* e suas funções jurídicas, do ponto de vista interno ou material, podem ser classificadas em categorias correspondentes a esses atos.

As três grandes funções jurídicas do Estado são a legislativa, a administrativa e a jurisdicional.

“O Estado exerce sua função legislativa quando elabora *atos-regras* (seja qual for o órgão que tais atos realize), quando, isto é, elabora e põe em vigor uma disposição normativa ou construtiva, modificando qualquer ponto ou qualquer matéria do direito objetivo, tal qual existia no momento da prática do ato.

“Sua função administrativa o Estado realiza ao praticar um *ato-condição*, ou um *ato subjetivo*, ou, ainda, quando seus agentes executam atos puramente materiais de realização de serviços públicos. E sua função jurisdicional exerce resolvendo as questões de direito que lhe são propostas, declarando se houve, ou não, violação de alguma regra objetiva, ou o nascimento ou o desrespeito de alguma situação jurídica subjetiva.”

As relações mantidas com Estados estrangeiros competem ao Chefe do Executivo por intermédio da celebração de tratados, convenções e atos internacionais, conforme asseveram os incisos VII e VIII do artigo 84 da Constituição da República.

#### 4. A questão terminológica

A teor do artigo 1º da Convenção da ONU sobre Direito dos Tratados, celebrada em Viena, Áustria, em 23 de maio de 1969<sup>6</sup>, tratado significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo Direito Internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação específica.

Destarte, **tratado** é terminologia utilizada para acordos solenes, designando, genericamente, avenças celebradas perante a órbita internacional. O **acordo**, de forma simplificada, é o ajuste celebrado onde despendiéndose se torna a intervenção congressual, conforme interpretação *a contrario sensu* do disposto no inciso I do artigo 49 da Constituição da República, distinguindo-se dos tratados apenas no aspecto formal.

**Convenção** é o tratado que cria normas gerais, como a que estabelece a dimensão do mar territorial, *verbi gratia*; **ato**, quando estabelece regras de direito; a **declaração** é usada para acordos que criam princípios jurídicos ou afirmam uma atitude política comum, *exempli gratia*, a famosa Declaração Universal dos Direitos Humanos; **convênio** é a palavra utilizada para tratados que versam sobre matéria cultural ou transporte, e o **compromisso** é utilizado para acordos sobre litígios que vão ser submetidos à arbitragem. Por derradeiro, impende consignar a existência do *pactum de contrahendo*, que seria um acordo concluído pelo Estado com o compromisso de concluir um acordo final sobre determinada matéria (tratado preliminar), e o *pactum de negotiando*, que seria a obrigação de deflagrar tratativas e negociações de boa-fé com a finalidade de concluir um tratado.

#### 5. Condições de validade dos tratados

Ao lado da habilitação dos agentes signatários, do objeto lícito e possível e do consentimento mútuo, a capacidade das partes contratantes afigura-se como o

---

<sup>6</sup> A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados passou a vigorar perante a comunidade internacional em 27 de janeiro de 1980, quando atingiu-se o *quorum* de 35 países, demandado pelo artigo 84. Todavia, embora seja o Brasil signatário, ainda não foi incorporada à nossa ordem jurídica positiva, já que fora enviada ao Congresso Nacional em 22 de abril de 1992, aguardando aprovação por meio de Decreto Legislativo.

requisito que mais debates jurídicos costuma gerar, motivo pelo qual afigura-se como o cerne do presente trabalho.

Em regra, reconhece-se aos Estados soberanos, às organizações internacionais, aos beligerantes e à Santa Sé a capacidade de figurar em um dos pólos da relação jurídica inerente ao tratado celebrado.

Todavia, a doutrina afirma que os membros de uma federação também podem concluir tratados internacionais em certos casos especiais, dependendo do Direito Interno de cada país, conforme dispuser o texto constitucional.

Conforme afirma Celso Mello<sup>7</sup>, “é interessante observar, no Brasil, que, com autorização do Senado, os Estados, Distrito Federal e Municípios podem concluir ‘acordos externos’ (artigo 52, inciso V, da Constituição), ‘ouvido o Poder Executivo Federal’, o que significa dizer que a personalidade internacional deles não está completamente desaparecida. A personalidade plena, entretanto, é da União Federal, vez que há necessidade de autorização do Senado”.

Outro fator hermenêutico importante decorre da observação histórica, que investiga se a federação surgiu de dentro para fora ou de fora para dentro, vale dizer, se sua concepção operou-se em virtude da atuação de uma força centrífuga - Estados unitários em que o direito criou autonomias regionais, *id est*, a República Federativa do Brasil - ou centrípeta - quando Estados soberanos se agregam, como na hipótese da federação norte-americana.

É importante ressaltar que a Confederação não é forma de Estado, pois se assenta em tratado internacional, e não em Constituição, pois surge de convênio celebrado entre Estados soberanos que não abdicam de sua soberania.

A teor do disposto no inciso V do artigo 52 da Constituição da República, que estabelece competir ao Senado Federal autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, o Governo Federal não se responsabiliza se um ente da Federação celebrar um tratado sem a oitiva do Poder Executivo Federal e posterior conseguinte aprovação pelo Senado Federal.

Conforme doutrina de Francisco Rezek, um estado membro da Federação brasileira não pode contratar com uma organização internacional, desde que o objeto não seja empréstimo financeiro.

Para tanto, ter-se-ia que reverenciar os ditames do Decreto nº 74.157, de 6 de junho de 1974, que dispunha sobre o processamento, no âmbito da Administração

---

<sup>7</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000.



Pública Federal, do disposto no artigo 42, item IV, *in fine*, da Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional número 1, de 1969.

O indigitado diploma legal estabelecia no artigo 1º que os pedidos de exame para contratação de empréstimos, operações de crédito ou acordos externos, de interesse dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para fins da manifestação do Poder Executivo Federal, deveriam ser apresentados pelos Chefes dos Poderes Executivos das entidades, direta e simultaneamente, aos seguintes órgãos:

I - Secretaria de Planejamento da Presidência da República, para manifestar-se:

- a) quanto ao mérito do empreendimento e a sua viabilidade e compatibilidade com os objetivos e os planos nacionais de desenvolvimento, a fim de assegurar a destinação prioritária dos recursos externos a serem obtidos, sempre que necessário em articulação com os Ministérios e órgãos setoriais, e
- b) quanto à capacidade de endividamento do Estado, Distrito Federal ou Município.

II - Ministério da Fazenda para apreciar, em articulação com o Banco Central do Brasil, os aspectos creditícios da operação, inclusive juros, comissões, garantias e outras condições contratuais;

III - Comissão de Empréstimos Externos - CEMPEX -, criada pelo Decreto número 65.071, de 27 de agosto de 1969, para, quando couber, credenciar a entidade interessada com vistas ao início de negociações com o financiador externo e ao acompanhamento da tramitação das operações perante os órgãos próprios.

Do artigo 2º constava que, em todos os casos, os pedidos deveriam estar acompanhados de justificativa adequada do investimento projetado e de estudo da capacidade de endividamento da Unidade interessada, no período da operação de crédito a ser obtida, abrangendo os compromissos financeiros de qualquer natureza, internos e externos.

Destarte, o *iter* procedimental de obtenção de empréstimo internacional compreendia: prévia autorização do mútuo feneratício pelo Órgão de Representação Popular (Assembléia Legislativa ou Câmara de Vereadores), haja vista a oneração do patrimônio público ocasionada pelo pagamento da remuneração do capital financiado (juros); pedido de aprovação do Governador ou Prefeito aos órgãos mencionados no Decreto número 74.157, de 6 de junho de 1974; solicitação de autorização ao Senado Federal; e publicação do ajuste no Diário Oficial da União.

Ocorre que o Decreto número 74.157, de 6 de junho de 1974, foi expressamente revogado por Decreto Presidencial de 25 de abril de 1991, conforme publicado no Diário Oficial da União em 26 de abril de 1991, página 7.711, coluna 2, encontrando-se a matéria desprovida de regulamentação hodiernamente.

Impende acrescentar que os Estados da Federação norte-americana podem concluir acordos, conforme permitido pela Constituição, mas não se utilizam dessa prerrogativa a fim de não violar a *treaty-making power* do Governo Federal. Já no Canadá, outro Estado constituído sob a forma federativa, suas províncias são desprovidas de tal capacidade.

Na concepção da Coordenadoria Geral de Direito Internacional do Itamaraty, algumas Constituições estaduais e Lei Orgânicas municipais da Federação brasileira permitem a celebração de atos internacionais. Todavia, tais disposições afiguraram-se inconstitucionais, eis que tão-somente a República Federativa do Brasil pode celebrar tais atos, em estrita conformidade com a interpretação sistemática dos artigos 21, inciso I; 49, inciso I; e 84, inciso VIII, todos da Constituição da República.

Para surtir efeitos jurídicos, tais atos têm de ser aprovados pelo Congresso Nacional. Para tanto, ao Chefe do Poder Executivo local (governador ou prefeito) ter-se-ia que atribuir a qualidade de plenipotenciário, por investidura do Presidente da República, que, na prática, não o faz. Em assim sendo, opera-se, em verdade, um “*gentlemen’s agreement*”.

Neste sentido manifestou-se a Secretaria de Estado das Relações Exteriores, perante os casos concretos que lhe foram submetidos à apreciação, em pareceres da lavra do Segundo Secretário Patrick Petiot, datados, respectivamente, de 30 de agosto e 1º de outubro de 2001.

O primeiro caso transcrito diz respeito ao Projeto de Protocolo de Intenções entre o Estado do Rio Grande do Sul e o Chile, cujo objetivo seria permitir a criação do Centro de Negócios e Cooperação Rio Grande do Sul - Chile, com ponto focal localizado na Federação e Centro das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul (FIERGS), destinado a fomentar o intercâmbio bilateral em várias áreas e o apoio a empresários de ambos os lados.

De acordo com o artigo 1º da Constituição Federal, a República *Federativa* do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Pelo artigo 21, inciso I, são da competência da União o relacionamento com Estados estrangeiros e a participação em organizações internacionais. No artigo 84, inciso VII, reserva-se ao Presidente da República a *competência privativa* para manter relações com Estados estrangeiros. Por força do artigo 25, § 1º, atribuem-se aos estados as competências que não lhes sejam vedadas expressamente no texto constitucional. Em face destes dispositivos constitucionais, a condução das relações exteriores compete exclusivamente à União, sem concessão às unidades federadas, sejam Estados, Municípios ou o Distrito Federal.

Em parecer de 5 de março de 1951<sup>8</sup>, Levi Carneiro ressaltou:

Parece-me inconcusso que um Estado federado não possa agir nas órbitas internacionais, não possa assumir compromissos de feição internacional; não possa tratar e obrigar-se com uma organização internacional, [...]. Essa é uma das características dos Estados Federados, que os distingue dos Confederados.

Se assim não fosse, o Estado poderia tratar com uma organização internacional, a que o Governo Federal fosse estranho, ou até infenso. Ficaria quebrada, em face das Nações estrangeiras, a unidade nacional, que, nessas relações, o regime federativo mantém plenamente.

No mesmo parecer, Levi Carneiro concluiu que “somente ela [a União] pode manter relações com as Nações estrangeiras [...]”<sup>9</sup>.

Na lição de Hildebrando Accioly<sup>10</sup> relativa à classificação dos Estados, lê-se a propósito do Estado federal:

É a união permanente de dois ou mais Estados, na qual cada um deles conserva apenas sua autonomia interna, sendo a soberania externa exercida por um organismo central, isto é, pelo *governo federal*, plenamente soberano nas suas atribuições, entre as quais se salientam a de representar o grupo nas relações internacionais e a de assegurar a sua defesa externa.

Nesse tipo de união de Estados, a personalidade externa existe somente no super-Estado, isto é, no Estado federal. Os seus membros, ou seja, os Estados federados, possuem simplesmente a autonomia interna, sujeita esta, entretanto, às restrições que forem impostas pela constituição federal. Existe, pois, nesse tipo de Estado composto uma partilha de atribuições do poder soberano, cabendo, porém, sempre ao Estado resultante da união, o exercício, conforme ficou dito, da soberania externa.

Carecedor de personalidade internacional, o Estado do Rio Grande do Sul não está habilitado a concluir protocolo com o governo do Chile para a criação do Centro de Negócios e Cooperação. Nos termos do projeto, o governo daquele estado sequer figura como Parte Contratante. O estabelecimento do Centro somente se poderia dar

<sup>8</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*. Brasília: Senado Federal/MRE/FUNAG, 2000. Vol. IV, p. 483. Coleção Brasil 500 anos.

<sup>9</sup> MEDEIROS, op. cit. p. 484.

<sup>10</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 18-19.

por meio da conclusão de ato internacional válido entre os governos do Brasil e do Chile, a ser aprovado pelo Congresso Nacional (artigo 49, inciso I, da Constituição Federal) e promulgado pelo Senhor Presidente da República (artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal). O Estado do Rio Grande do Sul poderia ser designado, no texto do acordo, como instância responsável pela execução do instrumento.

À luz do exposto, opinou-se pela *inconstitucionalidade* do projeto de protocolo apresentado, que deveria, para surtir efeitos na ordem jurídica interna, ser substituído por acordo concluído segundo a praxe do Direito Internacional Público brasileiro.

O segundo caso contempla indagações acerca dos efeitos sobre os Estados e Municípios brasileiros que podem advir do Protocolo de Compras Governamentais do MERCOSUL, cujo objetivo seria o de proporcionar aos fornecedores estabelecidos na região tratamento não discriminatório por parte da Administração em licitações e contratos que visem à aquisição de bens, à prestação de serviços e à realização de obras públicas. As questões abordadas envolvem a relação entre a Lei número 8.666/93 e os Estados e Municípios brasileiros, à luz do artigo 25 da Constituição da República; as implicações, para os Estados e Municípios, da negociação de instrumento internacional pelo governo brasileiro, em virtude dos artigos 21 e 84 da Constituição da República; e a viabilidade jurídica da adesão de Estados e Municípios brasileiros ao futuro Protocolo de Compras Governamentais do MERCOSUL.

Por força do artigo 1º da Lei nº 8.666/93<sup>11</sup>, as *normas gerais* sobre licitações e contratos administrativos aplicam-se aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios<sup>12</sup>. A edição de normas gerais pelo legislador ordinário sobre a matéria decorre da previsão do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal<sup>13</sup>, que atribui à União o poder de fixar regras mínimas obrigatórias para todos os entes federativos, inclusive para os órgãos da Administração indireta e demais entidades sob controle do Poder Público<sup>14</sup>. Em

---

<sup>11</sup> “Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

<sup>12</sup> A discussão relativa à inconstitucionalidade do art. 1º da Lei, tal como apresentada por Maria Sylvia Zanella di Pietro, não interfere na análise dos problemas aqui abordados (cf. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 297).

<sup>13</sup> “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle”.

<sup>14</sup> FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética. 2000. p. 14.

face dos dispositivos citados, c/c artigos 25, § 1º<sup>15</sup>; 30, inciso II<sup>16</sup>; e 32, § 1º<sup>17</sup>, todos da Constituição Federal, ficam os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adstritos apenas ao cumprimento das normas gerais indicadas na Lei<sup>18</sup>.

Ao oferecer as regras norteadoras da licitação, o artigo 3º da Lei nº 8.666/93<sup>19</sup> reproduz o *princípio constitucional da isonomia*, estampado no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e sublinha o *interesse da Administração na proposta mais vantajosa*.

Em função da sua importância no contexto da Lei, e levando-se em conta que se encontra no capítulo referente aos princípios, o dispositivo deve ser considerado uma norma geral, vinculante para todos os entes da Federação. Nas palavras de Marçal Justen Filho<sup>20</sup>,

O artigo 3º sintetiza o conteúdo da Lei, no âmbito da licitação. Os dispositivos restantes, acerca de licitação, desdobram os princípios do artigo 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum,

---

<sup>15</sup> “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º. São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

<sup>16</sup> “Art. 30. Compete aos Municípios:

[...] II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

<sup>17</sup> “Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º. Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”.

<sup>18</sup> A respeito, diz Marçal Justen Filho: “A fórmula constitucional incorpora a enorme dificuldade de definir o que sejam ‘normas gerais’, especialmente para apurar o âmbito de liberdade que resta para os outros entes federados que não a União. Também se relaciona com a autonomia das entidades privadas componentes da Administração Pública. A disputa acerca de “normas gerais” não apresenta maiores conseqüências quando o intérprete se encontra no âmbito da Administração Federal direta. A Lei nº 8.666 - contenha ou não normas gerais - deve ser obrigatória e rigorosamente cumprida pela União e suas autarquias. Porém, os demais entes federados e as demais entidades da Administração indireta (inclusive as da União) somente são constrangidos a respeitar as “normas gerais” contidas nesta Lei. Logo, é necessário distinguir o que constitui “norma geral” daquilo que não se submete a esse conceito” (cf. FILHO, Marçal Justen. op. cit. p. 14-15).

<sup>19</sup> “Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991”.

<sup>20</sup> FILHO, Marçal Justen. op. cit. p. 57.

será sustentável quando colidente com o artigo 3º. [...] Essa diretriz deve nortear a atividade tanto do administrador quanto do próprio Poder Judiciário. O administrador, no curso das licitações, tem de submeter-se a eles. O julgador, ao apreciar conflitos derivados de licitações, encontrará a solução através desses princípios.

Em obediência ao princípio da isonomia e com vistas à seleção da proposta mais vantajosa, a extensão da licitação a estrangeiros está consagrada no artigo 3º, § 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93. Segundo Marçal Justen Filho, “afigura-se juridicamente inconstitucional vedar ao estrangeiro participar de licitação”. A teor do artigo 32, § 4º<sup>21</sup>, da lei, as firmas estrangeiras devem demonstrar que estão autorizadas a funcionar no Brasil, não constituindo ato discriminatório exigir do estrangeiro que faça prova da regularidade de sua situação no país<sup>22</sup>.

Maria Sylvania Zanella di Pietro<sup>23</sup> entende que as exceções fixadas no artigo 3º, § 2º, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93 não conflitam com o princípio da isonomia, pelo fato de que a igualdade entre brasileiros e estrangeiros, garantida no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, limita-se aos direitos fundamentais. O disposto no § 2º, inciso I, do referido artigo, que remete à empresa brasileira de capital nacional, deixou de vigorar com a aprovação da Emenda Constitucional nº 6, de 1995. Marçal Justen Filho<sup>24</sup> considera que os três incisos do artigo 3º, § 2º, da lei perderam sua vigência, interpretação que teria sido acolhida pelo Tribunal de Contas da União.

Em resposta à primeira indagação contida no expediente de referência, pode-se dizer que, em face dos artigos 22, inciso XXVII, c/c 25, § 1º; 30, inciso II; e 32, § 1º, todos da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios brasileiros também devem cumprir a disciplina do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, não podendo relegar estrangeiros na realização de licitações públicas.

*Ex vi* do artigo 84, inciso VIII<sup>25</sup>, conseqüência do artigo 21, inciso I<sup>26</sup>, ambos da Constituição Federal, a expressão do consentimento estatal é da competência

---

<sup>21</sup> “Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por tabelião de notas ou por funcionário da unidade que realiza a licitação, ou publicação em órgão de imprensa oficial.

“§ 4º. As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa e judicialmente”.

<sup>22</sup> FILHO, Marçal Justen. op. cit. p. 86.

<sup>23</sup> PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. op. cit. p. 296.

<sup>24</sup> FILHO, Marçal Justen. op. cit. p. 87.

<sup>25</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

<sup>26</sup> “Art. 21. Compete à União:

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”.

privativa da União. Ao firmar acordo internacional e submetê-lo ao sistema constitucional de aprovação de tratados, a União não o faz em nome próprio, mas *em nome da República* e, neste sentido, obriga todos os integrantes da Federação. Comentando a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, da qual o Brasil não faz parte, Malcolm Shaw<sup>27</sup> pondera que “unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, article 29 provides that a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory”. Quanto à segunda indagação presente no expediente em epígrafe, portanto, pode-se informar que, de conformidade com os artigos 21 e 84, inciso VIII, da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estão adstritos à disciplina dos acordos internacionais concluídos validamente pela União.

Na prática brasileira do Direito Internacional Público, não é possível o ingresso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios nos instrumentos internacionais de que o País faça parte, nem pela via da assinatura, nem por meio da adesão, tampouco por qualquer outro mecanismo. Esta condição deriva do sistema federativo, que Hildebrando Accioly<sup>28</sup> define como:

A união permanente de dois ou mais Estados, na qual cada um deles conserva apenas sua autonomia interna, sendo a soberania externa exercida por um organismo central, isto é, pelo *governo federal*, plenamente soberano nas suas atribuições, entre as quais se salientam a de representar o grupo nas relações internacionais e a de assegurar a sua defesa externa.

Nesse tipo de união de Estados, a personalidade externa existe somente no super-Estado, isto é, no Estado federal. Os seus membros, ou seja, os Estados federados, possuem simplesmente a autonomia interna, sujeita esta, entretanto, às restrições que forem impostas pela Constituição Federal. Existe, pois, nesse tipo de Estado composto uma partilha de atribuições do poder soberano, cabendo, porém, sempre ao Estado resultante da união, o exercício, conforme ficou dito, da soberania externa.

Em parecer de 5 de março de 1951<sup>29</sup>, Levi Carneiro também ressalta:

Parece-me inconcusso que um Estado federado não possa agir nas órbitas internacionais, não possa assumir compromissos de feição internacional. [...] Essa é uma das características dos Estados Federados, que os distingue dos Confederados.

---

<sup>27</sup> SHAW, Malcolm. *International law*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

<sup>28</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 18-19.

<sup>29</sup> Apud MEDEIROS, op. cit. p. 483.

Se assim não fosse, o Estado poderia tratar com uma organização internacional, a que o Governo Federal fosse estranho, ou até infenso. Ficaria quebrada, em face das Nações estrangeiras, a unidade nacional, que, nessas relações, o regime federativo mantém plenamente.

Assim, no que se refere à terceira questão posta no expediente de referência, pode-se afirmar que os Estados e Municípios brasileiros, destituídos que são de personalidade jurídica internacional, não poderão assinar o futuro Protocolo de Compras Governamentais do MERCOSUL, nem a ele aderir, reservada à União a competência para comprometer a vontade do Estado brasileiro no plano internacional.

Hely Lopes Meirelles<sup>30</sup> recorda oportunamente que a licitação que envolva importações, empréstimos, financiamentos ou qualquer outra operação externa de interesse dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios depende de autorização do Senado Federal, ouvido o Senhor Presidente da República, de conformidade com o disposto no artigo 52, inciso V<sup>31</sup>, da Constituição Federal.

## 6. A análise exegética dos dispositivos constitucionais pertinentes

Analisados, isolada e literalmente, os artigos 21, inciso I; 84, inciso VIII e 52, inciso V, da Constituição da República aparentam desprover os entes da federação da capacidade de celebrar tratados, convenções e atos internacionais.

Ocorre que tais dispositivos constitucionais devem ser apreciados sistematicamente, conforme recomenda a melhor exegese, que repudia a interpretação literal.

Consiste a chamada interpretação sistemática, simplesmente em considerar o preceito jurídico interpretando como parte do sistema normativo mais amplo que o envolve. Desta forma, tanto pode ser considerado conteúdo da lei de onde, extraída uma parte para ser interpretada - por exemplo, um artigo de código civil em relação ao sistema geral do código -, como também, o formado pelo conjunto de normas que constituem o ramo especial do Direito positivo - por exemplo, o mesmo artigo em relação aos princípios gerais do Direito Civil ou do Direito privado como um todo; pode ser ainda considerado o sistema jurídico nacional e, bem assim, a família onde se situa o sistema nacional - por exemplo, considera-se o preceito em relação

<sup>30</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 287.

<sup>31</sup> "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...] V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios".



ao conjunto do sistema romanista. Esse último processo desemboca no Direito comparado, a ciência jurídica que se refere aos ordenamentos jurídicos positivos naquilo que eles têm de universal.<sup>32</sup>

O artigo 84, inciso VIII, da Carta Magna confere ao Chefe do Poder Executivo Federal a atribuição privativa de celebrar tratados, convenções e atos internacionais, **sujeitos a referendo do Congresso Nacional**. Este dispositivo remete ao artigo 49, inciso I, do mesmo texto, que define a competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que **acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional**.

Assevera Denis Borges Barbosa que, quanto aos tratados e convenções (ou, no dizer preciso de Pinto Ferreira, os “atos jurídicos bilaterais interestatais”), como fartamente demonstrado, a privatividade é da União, em qualquer hipótese. Quanto aos demais atos internacionais, que não convenções e tratados, não nos é possível concluir pela privatividade da União.<sup>33</sup>

As expressões ressaltadas demonstram, a toda evidência, que, a contrario sensu, quando um tratado celebrado pelo República Federativa do Brasil não tiver o condão de onerar o erário, vale dizer, não demandar manifestação do órgão de representação popular, despicienda será a intervenção do Congresso Nacional.

Ademais, os artigos em epígrafe não coincidem no tocante à questão terminológica por eles utilizada, conforme se observa da simples leitura.

Logo, pode-se afirmar que onde a lei não restringe, não incumbe ao intérprete fazê-lo, sob pena de, arvorando-se em legislador, emendar-lhe a mão para reduzir o alcance da norma legal, conforme recomendação hermenêutica.

Impende consignar que o inciso V do artigo 52 da Constituição da República é categórico ao atribuir competência ao Senado Federal para autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

Destarte, tratando-se de convenção que **não** reclame a intervenção congressual, por cogitar de objeto insuscetível de causar gravame ao patrimônio nacional, mormente não tendo natureza financeira, bem como que diga respeito, tão-somente, a

<sup>32</sup> COELHO, Luis Fernando. *Lógica jurídica e interpretação da leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 203-224.

<sup>33</sup> BARBOSA, Denis Borges. Capacidade do Município de Participar de Atos Internacionais de Caráter Não Vinculante com Entidades Infraestatais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro*, n. 2, v. 2, p. 79-101, 2001.

interesse local, conforme competências constitucionais definidas nos artigos 25, parágrafo primeiro, e 30, inciso I, da Constituição da República, motivos não subsistem para vedar o reconhecimento do *treaty-making power* aos entes da federação.

Com efeito, o Direito Sanitário é matéria que se subsume perfeitamente na hipótese ventilada, **ante sua insuscetibilidade de acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.**

Em verdade, é matéria que se encontra inserida nos limites de atuação do poder político local, não obstante possa ter seus efeitos irradiados para âmbito nacional. Envolve, precipuamente, cooperação técnica, assessoramento e troca de tecnologia para o aprimoramento dos profissionais da área da saúde pública, combate a epidemias, erradicação de doenças *et cetera*.

Conforme afirma Sueli Gandolfi Dallari<sup>34</sup>, “o início do século vinte encontra instaurada a proteção sanitária como política de governo. E são hierarquizadas três formas - hoje clássicas - de prevenção: a **primária**, que se preocupa com a eliminação das causas e condições de aparecimento das doenças, agindo sobre o ambiente (segurança nas estradas, saneamento básico, por exemplo) ou sobre o comportamento individual (exercício e dieta, por exemplo); a **secundária** ou prevenção específica, que busca impedir o aparecimento de doença determinada, por meio da vacinação, dos controles de saúde, da despistagem; e a **terciária**, que visa a limitar a prevalência de incapacidades crônicas ou recidivas. O Estado do Bem-Estar Social da segunda metade daquele século reforma a lógica econômica especialmente em decorrência da evidente interdependência entre as condições de saúde e de trabalho, e se responsabiliza pela implementação da prevenção sanitária.”

Inolvidáveis são as disposições constitucionais de natureza programática contidas nos artigos 196 e seguintes, no sentido de ser a saúde direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Ademais, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, observada a descentralização, com direção única **em cada esfera de governo.**

---

<sup>34</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário*. Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Universidade de Brasília. Faculdade de Direito da UnB. Núcleo de Estudos em Saúde Pública da UnB/CEAM.

Ademais, consubstanciando-se o Direito Sanitário em dever do Estado, assume o artigo 196 da Constituição da República o caráter de norma constitucional de eficácia limitada, de natureza programática, que consagra um direito social fundamental do homem, uma verdadeira liberdade positiva, de compulsória reverência em um Estado Social de Direito.

Nesse diapasão, estabelece o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte.

Destarte, conforme comando exegético insculpido no parágrafo 1º do mesmo dispositivo constitucional, tal norma revestir-se-ia de aplicabilidade imediata.

No julgamento do Recurso em Habeas Corpus número 79.785 - Rio de Janeiro, asseverou o Ministro Carlos Velloso que a Constituição consagra como direitos fundamentais aqueles reconhecidos em tratados dos quais o Brasil seja signatário, por expressa disposição do seu artigo 5º, parágrafo 2º.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Carta Rogatória número 8.279, oriunda da Argentina, por intermédio do Relator, Ministro Celso de Mello, entendeu que:

O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema interno do Brasil. Magistério da doutrina.

É imprescindível consignar, por oportuno, a posição esposada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, ao apreciar o Recurso em Habeas Corpus número 79.785 - Rio de Janeiro, noticiado no Informativo número 183, *in verbis*:

De logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (cf. decisão preliminar sobre o cabimento da ADIn 1.480, cit., Inf. STF 48).

A visão dominante na doutrina nacional contemporânea não parece diversa. Das leituras e releituras a que o caso me induziu, ficou-me a impressão de que nela, dos trabalhos acessíveis, só o il. Prof. Celso de Albuquerque Mello (O § 2º do art. 5º da Constituição Federal, em Ricardo Lobo Torres, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Renovar, 1999, 1, 25), não apenas empresta hierarquia constitucional aos tratados, mas vai além, ao ponto de afirmar-se “ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma constituição posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada [...]”

Uma postura - acresce - “que tem a grande vantagem de evitar que o Supremo Tribunal Federal venha a julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais”. A observação final é confirmação eloqüente da lição de Hans Kelsen (*Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. M. Fontes/UnB, 1990, p. 375): o grande pensador - antepondo também aqui o seu compromisso com o rigor científico à sua postura ideológica claramente internacionalista - demonstrou com clareza que entre as teorias monistas da primazia do Direito Internacional ou da primazia do Direito Nacional, a opção em abstrato não é jurídica, mas ideológica - na qual “somos guiados por preferências éticas ou políticas”. De qualquer sorte, não ousou lançar-me ao *mare magnum* das controvérsias que a matéria suscita entre os teóricos, relevante quando se cuida de decidir acerca da difusa responsabilidade internacional do Estado. Se a questão, no entanto - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - há de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não compreendo que possa ele buscar, senão nessa mesma Constituição, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais. O que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribui aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. “Recorde-se, de início” - assinalou Rezek (*Direito Internacional Público*, Saraiva, 1989, p. 103), com invejável precisão -

Que o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é, ainda hoje, uma proposição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica. Resulta que, para o Estado soberano, a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação

da estatura da norma jurídica convencional. Difícilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da Constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deva aquele responder.

Talvez convenha frisar que o ensinamento não pode ser imputado sem mais - como talvez estimasse o ilustrado professor anteriormente recordado - à circunstância de partir de um Ministro do Supremo Tribunal Federal e do reacionarismo congênito que a todos eles atribui. É eloqüente notar que, também para o autorizado e insuspeito Cançado Trindade, (“Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e nacional em Arquivos de Direitos Humanos”, 2000, 1/3, 43) - que não é juiz do STF, mas Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos - “a posição hierárquica dos tratados no ordenamento jurídico interno obedece ao critério do direito constitucional de cada país...”. E não parece que realisticamente possa negá-lo quem, como juiz, deva aplicar o tratado na órbita da jurisdição indígena. “A nós parece muito claro” - extraído do trabalho de um mestrando de qualificada Universidade (Mauricio Andreiuolo Rodrigues, Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição, in: Torres, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 162) -

Que, ao menos no Brasil, o tratado internacional não pode ultrapassar os limites impostos pela Constituição da República. E a razão para tanto, está na natureza estável do texto constitucional. A leitura dos artigos 59 e seguintes deixa ver que se trata de uma Constituição rígida. E como tal, os seus preceitos revestem-se de situação hierárquica mais elevada. Porque se trata de conflito de normas de diferentes hierarquias - uma, constitucional e a outra, de natureza internacional, logo, infraconstitucional - não tem valor a regra do monismo moderado, ordinariamente utilizada, e de acordo com a qual *lex posterior derogat lex priori*.

“Seja como for” - conclui - “o tratado internacional derivará, sempre - e em qualquer ocasião - de um fundamento constitucional. Sendo norma derivada da Constituição, em nenhuma hipótese, vale sempre repetir, poderá transcender ao que foi posto originariamente pelo legislador constitucional”. Ora, a partir da Constituição positiva do Brasil - e não daquilo que a cada um aprovesse que ela fosse - fica acima de minha inteligência compreender que, sobre ela, se afirmasse o primado incondicional das convenções

internacionais, de tal modo que, se anteriores, permanecessem elas incólumes ao advento da norma constitucional adversa e, posteriores, pudessem ab-rogá-la. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela, e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). Certo, ao me alinhar ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo - como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 - com o entendimento, então majoritário que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande freqüência, precisamente porque - açados ao texto constitucional - se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (cf. Hans Kelsen, *Teoria Geral*, op. cit, p. 255). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim - aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (e.q., Memorial cit., ibidem, p. 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (“A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratado Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos”, em E. Boucault e N. Araújo (org.), “Os Direitos Humanos e o Direito Internacional”) - a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas - até, se necessário, contra a lei ordinária - sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.”

## 7. Município de Niterói x República de Cuba

A fim de corroborar o presente raciocínio, impende trazer à baila o ajuste pactuado em matéria de Direito Sanitário, denominado, *in casu*, protocolo de intenções número 93/2001, celebrado em 4 de outubro de 2001, entre o Município de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, representado por seu Chefe do Poder Executivo, e a República de Cuba, representada pelo Embaixador Extraordinário e Plenipotenciário, cujos objetivos fixados foram:

- estabelecer a colaboração e o intercâmbio de metodologias para o controle e aplicação de produtos apropriados ao combate do mosquito vetor da dengue, com a participação de técnicos cubanos;

- colaboração e intercâmbio para o aperfeiçoamento do modelo do Programa “Médico de Família” no Município de Niterói, em especial na informatização de coleta, processamento e avaliação de processos estatísticos e epidemiológicos, com assessoramento de técnicos cubanos especialistas em Informação em Saúde, com notória experiência na criação e implantação de sistemas de medicina familiar.

O prazo de vigência foi ajustado em um biênio, prorrogável por igual período, elegendo-se como foro competente para processar e julgar possíveis litígios oriundos do inadimplemento a Justiça Federal da Subseção de Niterói.

## 8. Controle judicial dos ajustes celebrados por entidades federativas

Sustentou-se como *conditio sine qua non* que aos estados e municípios da República Federativa do Brasil reconhecer-se-ia capacidade para pactuar com entidades internacionais desde que não acarretassem oneração do patrimônio nacional, o que implica reconhecer nos ajustes a inexistência de cláusulas que prevejam sanções patrimoniais por inadimplemento das obrigações pactuadas.

Todavia, em hipótese de divergência de interpretação, a competência para processar e julgar as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no país é da Justiça Federal de Primeira Instância, com recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, conforme disposto no artigo 109, inciso II, combinado com o artigo 105, inciso II, alínea “c”, da Constituição.

Por outro lado, será do Supremo Tribunal Federal a competência originária para processar e julgar as causas se o ente federativo pactuante for Estado, o Distrito Federal ou Território, a teor do artigo 102, inciso I, alínea “e”, da Constituição.

Por derradeiro, impende consignar que a qualquer tempo a União Federal poderá intervir na relação jurídica processual, na qualidade de assistente, a fim de resguardar o interesse público de âmbito nacional.

## 9. Conclusão

Ao longo da presente monografia procurou-se sustentar que a exegese dos dispositivos constitucionais pertinentes ao tema autoriza que os Estados e Municípios da Federação brasileira disponham de capacidade para celebrar compromissos internacionais em matéria de Direito Sanitário, objetivando o intercâmbio cultural e o aprimoramento técnico, desde que eles não onerem o patrimônio nacional, tornando-se despicienda, destarte, a intervenção dos órgãos do Poder Executivo e de representação popular federais como condição de validade dos ajustes pactuados.

## 10. Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 18-19.

ARAÚJO, Nádia de. A internalização dos Tratados Internacionais no Direito Brasileiro e o Caso do TRIPS. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 62, p. 3-14, jan.-fev. 2003.

BARBOSA, Denis Borges. Capacidade do Município de Participar de Atos Internacionais de Caráter Não Vinculante com Entidades Infraestatais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro*, n. 2, v. 2, p. 79-101, 2001.

COELHO, Luis Fernando. *Lógica jurídica e interpretação da leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário*. Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Universidade de Brasília. Faculdade de Direito da UnB. Núcleo de Estudos em Saúde Pública da UnB/CEAM.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Poder de Celebrar Tratados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000.



MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PETIOT, Patrick. *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*. Brasília, Senado Federal/MRE/FUNAG, 2000. V. IV, p. 483. Coleção Brasil 500 anos.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo, Atlas, 2001.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RAO, Vicente. *Ato Jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

SHAW, Malcolm. *International law*. 4. ed. Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

# ANEXO A

## SECRETARIA DE ESTADO DAS RELAÇÕES EXTERIORES Consultoria Jurídica

Parecer CJ/CGDI nº        /2001.

Rio Grande do Sul-Chile. Centro de Negócios e Cooperação. Protocolo de Intenções.  
Projeto. Parecer.  
Ref.: despacho ao memo DAI/103/PAIN/CHIL, de 16/8/01.

Ao Senhor Consultor Jurídico,

O Senhor Secretário-Geral submete à apreciação da Consultoria Jurídica  
*projeto de Protocolo de Intenções Rio Grande do Sul-Chile.*

2. O objetivo do Protocolo seria permitir a criação do Centro de Negócios e Cooperação Rio Grande do Sul-Chile, com ponto focal localizado na Federação e Centro das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul (FIERGS), destinado a fomentar o intercâmbio bilateral em várias áreas e o apoio a empresários de ambos os lados.

3. De acordo com o art. 1º da Constituição Federal, a República *Federativa* do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Pelo art. 21, I, são da competência da União o relacionamento com Estados estrangeiros e a participação em organizações internacionais. No art. 84, VII, reserva-se ao Presidente da República a *competência privativa* para manter relações com Estados estrangeiros. Por força do art. 25, § 1º, atribuem-se aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas expressamente no texto constitucional. Em face destes dispositivos constitucionais, a condução das relações exteriores compete exclusivamente à União, sem concessão às unidades federadas, sejam Estados, Municípios ou o Distrito Federal.

4. Em parecer de 5 de março de 1951<sup>1</sup>, Levi Carneiro ressaltou:

Parece-me inconcusso que um Estado federado não possa agir nas órbitas internacionais, não possa assumir compromissos de feição internacional; não possa tratar e obrigar-se com uma organização internacional, [...]. Essa é uma das características dos Estados Federados, que os distingue dos Confederados.

Se assim não fosse, o Estado poderia tratar com uma organização internacional, a que o Governo Federal fosse estranho, ou até infenso. Ficaria quebrada, em face das Nações estrangeiras, a unidade nacional, que, nessas relações, o regime federativo mantém plenamente.

5. No mesmo parecer, Levi Carneiro concluiu que “somente ela [a União] pode manter relações com as Nações estrangeiras [...]”<sup>2</sup>.

6. Na lição de Hildebrando Accioly<sup>3</sup> relativa à classificação dos Estados, lê-se a propósito do Estado federal:

É a união permanente de dois ou mais Estados, na qual cada um deles conserva apenas sua autonomia interna, sendo a soberania externa exercida por um organismo central, isto é, pelo *governo federal*, plenamente soberano nas suas atribuições, entre as quais se salientam a de representar o grupo nas relações internacionais e a de assegurar a sua defesa externa.

Nesse tipo de união de Estados, a personalidade externa existe somente no super-Estado, isto é, no Estado federal. Os seus membros, ou seja, os Estados federados, possuem simplesmente a autonomia interna, sujeita esta, entretanto, às restrições que forem impostas pela constituição federal. Existe, pois, nesse tipo de Estado composto uma partilha de atribuições do poder soberano, cabendo, porém, sempre ao Estado resultante da união, o exercício, conforme ficou dito, da soberania externa.

7. Carecedor de personalidade internacional, o Estado do Rio Grande do Sul não está habilitado a concluir protocolo com o Governo do Chile para a criação do Centro de Negócios e Cooperação. Nos termos do projeto, o Governo daquele Estado sequer figura

---

<sup>1</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*. Brasília: Senado Federal/MRE/FUNAG, 2000. vol. IV, p. 483. Coleção Brasil 500 anos.

<sup>2</sup> Idem. p. 484.

<sup>3</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 18-19.

como Parte Contratante. O estabelecimento do Centro somente se poderia dar por meio da conclusão de ato internacional válido entre os Governos do Brasil e do Chile, a ser aprovado pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da Constituição Federal) e promulgado pelo Senhor Presidente da República (art. 84, IV, da Constituição Federal). O Estado do Rio Grande do Sul poderia ser designado, no texto do acordo, como instância responsável pela execução do instrumento.

8. À luz do exposto, opino pela inconstitucionalidade do projeto de Protocolo apresentado, que deverá, para surtir efeitos na ordem jurídica interna, ser substituído por acordo concluído segundo a praxe do Direito Internacional Público brasileiro.

Brasília, em 30 de agosto de 2001.

Respeitosamente,

(Patrick Petiot)

Segundo Secretário

## ANEXO B

### SECRETARIA DE ESTADO DAS RELAÇÕES EXTERIORES Consultoria Jurídica

Parecer CJ/CGDI nº /2001.

MERCOSUL. Protocolo de Compras Governamentais. Projeto. Parecer.  
Ref.: despacho ao memo DMC/88.

Ao Senhor Consultor Jurídico,

O Senhor Chefe, substituto, da REPSUL submete à apreciação da Consultoria Jurídica *indagações acerca dos efeitos sobre os Estados e Municípios brasileiros que podem advir do Protocolo de Compras Governamentais do MERCOSUL*, a ser idealmente concluído até dezembro de 2001.

2. O Protocolo teria por objetivo proporcionar aos fornecedores estabelecidos na região tratamento não discriminatório por parte da Administração em licitações e contratos que visem à aquisição de bens, à prestação de serviços e à realização de obras públicas.

3. Especificamente, são as seguintes as questões que ora se colocam: (a) a relação entre a Lei nº 8.666/93 e os Estados e Municípios brasileiros, à luz do art. 25 da Constituição Federal, (b) as implicações, para os Estados e Municípios, da negociação de instrumento internacional pelo Governo brasileiro, em virtude dos arts. 21 e 84 da Constituição Federal, e (c) a viabilidade jurídica da “adesão” de Estados e Municípios brasileiros ao futuro Protocolo de Compras Governamentais do MERCOSUL.

4. Por força do art. 1º da Lei nº 8.666/93 <sup>1</sup>, as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos aplicam-se aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal

---

<sup>1</sup> “Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

e dos Municípios<sup>2</sup>. A edição de normas gerais pelo legislador ordinário sobre a matéria decorre da previsão do art. 22, XXVII, da Constituição Federal<sup>3</sup>, que atribui à União o poder de fixar regras mínimas obrigatórias para todos os entes federativos, inclusive para os órgãos da Administração indireta e demais entidades sob controle do Poder Público<sup>4</sup>. Em face dos dispositivos citados, c/c arts. 25, § 1º<sup>5</sup>, 30, II<sup>6</sup>, e 32, § 1º<sup>7</sup>, todos da Constituição Federal, ficam os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adstritos apenas ao cumprimento das normas gerais indicadas na Lei<sup>8</sup>.

5. Ao oferecer as regras norteadoras da licitação, o art. 3º da Lei nº 8.666/93<sup>9</sup> re-produz o *princípio constitucional da isonomia*, estampado no art. 37, XXI, da Constituição Federal, e sublinha o *interesse da Administração na proposta mais vantajosa*. Em função da sua importância no contexto da Lei, e levando em conta que se encontra no capítulo referente aos princípios, o dispositivo deve ser considerado uma norma geral, vinculante para todos os entes da Federação. Nas palavras de Marçal Justen Filho<sup>10</sup>,

<sup>2</sup> A discussão relativa à inconstitucionalidade do art. 1º da Lei, tal como apresentada por Maria Sylvia Zanella di Pietro, não interfere na análise dos problemas aqui abordados (cf. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 297).

<sup>3</sup> “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle”.

<sup>4</sup> FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7ª ed. São Paulo: Dialética. 2000. p. 14.

<sup>5</sup> “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º. São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

<sup>6</sup> “Art. 30. Compete aos Municípios:

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

<sup>7</sup> “Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º. Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”.

<sup>8</sup> A respeito, diz Marçal Justen Filho: “A fórmula constitucional incorpora a enorme dificuldade de definir o que sejam “normas gerais”, especialmente para apurar o âmbito de liberdade que resta para os outros entes federados que não a União. Também se relaciona com a autonomia das entidades privadas componentes da Administração Pública. A disputa acerca de “normas gerais” não apresenta maiores consequências quando o intérprete se encontra no âmbito da Administração Federal direta. A Lei nº 8.666 - contenha ou não normas gerais - deve ser obrigatória e rigorosamente cumprida pela União e suas autarquias. Porém, os demais entes federados e as demais entidades da Administração indireta (inclusive as da União) somente são constrangidos a respeitar as “normas gerais” contidas nesta Lei. Logo, é necessário distinguir o que constitui “norma geral” daquilo que não se submete a esse conceito” (cf. FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7ª ed. São Paulo: Dialética. 2000. pp. 14-15).

<sup>9</sup> “Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991”.

<sup>10</sup> FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7ª ed. São Paulo: Dialética. 2000. p. 57.

O art. 3º sintetiza o conteúdo da Lei, no âmbito da licitação. Os dispositivos restantes, acerca de licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art. 3º. [...] Essa diretriz deve nortear a atividade tanto do administrador quanto do próprio Poder Judiciário. O administrador, no curso das licitações, tem de submeter-se a eles. O julgador, ao apreciar conflitos derivados de licitações, encontrará a solução através desses princípios.

6. Em obediência ao princípio da isonomia e com vistas à seleção da proposta mais vantajosa, a extensão da licitação a estrangeiros está consagrada no art. 3º, § 1º, I e II, da Lei nº 8.666/93. Segundo Marçal Justen Filho, “afigura-se juridicamente inconstitucional vedar ao estrangeiro participar de licitação”. A teor do art. 32, § 4º<sup>11</sup>, da Lei, as firmas estrangeiras devem demonstrar que estão autorizadas a funcionar no Brasil, não constituindo ato discriminatório exigir do estrangeiro que faça prova da regularidade de sua situação no País<sup>12</sup>.

7. Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>13</sup> entende que as exceções fixadas no art. 3º, § 2º, II e III, da Lei nº 8.666/93 não conflitam com o princípio da isonomia, pelo fato de que a igualdade entre brasileiros e estrangeiros, garantida no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, limita-se aos direitos fundamentais. O disposto no § 2º, I, do referido artigo, que remete à empresa brasileira de capital nacional, deixou de vigorar com a aprovação da Emenda Constitucional nº 6, de 1995. Marçal Justen Filho<sup>14</sup> considera que os três incisos do art. 3º, § 2º, da Lei perderam sua vigência, interpretação que teria sido acolhida pelo Tribunal de Contas da União.

8. Em resposta à primeira indagação contida no expediente de referência, pode-se dizer que, em face dos arts. 22, XXVII, c/c 25, § 1º, 30, II, e 32, § 1º, todos da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios brasileiros também devem cumprir

---

<sup>11</sup> “Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por tabelião de notas ou por funcionário da unidade que realiza a licitação, ou publicação em órgão de imprensa oficial.

§ 4º. As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa e judicialmente”.

<sup>12</sup> FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7ª ed. São Paulo: Dialética. 2000. p. 86.

<sup>13</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 296.

<sup>14</sup> FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7ª ed. São Paulo: Dialética. 2000. p. 87.

a disciplina do art. 3º da Lei nº 8.666/93, não podendo relegar estrangeiros na realização de licitações públicas.

9. Ex-vi do art. 84, VIII<sup>15</sup>, conseqüência do art. 21, I<sup>16</sup>, ambos da Constituição Federal, a expressão do consentimento estatal é da competência privativa da União. Ao firmar acordo internacional e submetê-lo ao sistema constitucional de aprovação de tratados, a União não o faz em nome próprio, mas *em nome da República* e, neste sentido, obriga todos os integrantes da Federação. Comentando a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, da qual o Brasil não é parte, Malcolm Shaw<sup>17</sup> pondera que “unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, article 29 provides that a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory”. Quanto à segunda indagação presente no expediente em epígrafe, portanto, pode-se informar que, de conformidade com os arts. 21 e 84, VIII, da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estão adstritos à disciplina dos acordos internacionais concluídos validamente pela União.

10. Na prática brasileira do Direito Internacional Público, não é possível o ingresso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios nos instrumentos internacionais de que o País faça parte, nem pela via da assinatura, nem por meio da adesão, tampouco por qualquer outro mecanismo. Esta condição deriva do sistema federativo, que Hildebrando Accioly<sup>18</sup> define como

A união permanente de dois ou mais Estados, na qual cada um deles conserva apenas sua autonomia interna, sendo a soberania externa exercida por um organismo central, isto é, pelo *governo federal*, plenamente soberano nas suas atribuições, entre as quais se salientam a de representar o grupo nas relações internacionais e a de assegurar a sua defesa externa.

Nesse tipo de união de Estados, a personalidade externa existe somente no super-Estado, isto é, no Estado federal. Os seus membros, ou seja, os Estados federados, possuem simplesmente a autonomia interna, sujeita esta, entretanto, às restrições que forem impostas pela Constituição Federal. Existe, pois, nesse tipo de Estado composto

---

<sup>15</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

<sup>16</sup> “Art. 21. Compete à União:

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”.

<sup>17</sup> SHAW, Malcolm. *International law*. 4ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

<sup>18</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11ª ed. Saraiva: São Paulo, 1978. p. 18-19.



uma partilha de atribuições do poder soberano, cabendo, porém, sempre ao Estado resultante da união, o exercício, conforme ficou dito, da soberania externa.

11. Em parecer de 5 de março de 1951<sup>19</sup>, Levi Carneiro também ressalta:

Parece-me inconcusso que um Estado federado não possa agir nas órbitas internacionais, não possa assumir compromissos de feição internacional. [...] Essa é uma das características dos Estados Federados, que os distingue dos Confederados.

Se assim não fosse, o Estado poderia tratar com uma organização internacional, a que o Governo Federal fosse estranho, ou até infenso. Ficaria quebrada, em face das Nações estrangeiras, a unidade nacional, que, nessas relações, o regime federativo mantém plenamente.

12. Assim, no que se refere à terceira questão posta no expediente de referência, pode-se afirmar que os Estados e Municípios brasileiros, destituídos que são de personalidade jurídica internacional, não poderão assinar o futuro Protocolo de Compras Governamentais do MERCOSUL, nem a ele aderir, reservada à União a competência para comprometer a vontade do Estado brasileiro no plano internacional.

13. Hely Lopes Meirelles<sup>20</sup> recorda oportunamente que a licitação que envolva importações, empréstimos, financiamentos ou qualquer outra operação externa de interesse dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios depende de autorização do Senado Federal, ouvido o Senhor Presidente da República, de conformidade com o disposto no art. 52, V<sup>21</sup>, da Constituição Federal.

Brasília, em 1º de outubro de 2001.

Respeitosamente,

(Patrick Petiot)

Segundo Secretário

---

<sup>19</sup> Apud MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*. Brasília: Senado Federal/MRE/FUNAG, 2000. vol. IV, p. 483. Coleção Brasil 500 anos.

<sup>20</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 287.

<sup>21</sup> “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios”.

## ANEXO C

LEGISLAÇÃO

— 771 —

FEDERAL

DECRETO N. 74.157 — DE 6 DE JUNHO DE 1974

**Dispõe sobre o processamento, no âmbito da Administração Pública Federal, do disposto no artigo 42, item IV, «in fine», da Constituição**

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 81, item V, da Constituição, decreta:

Art. 1º Os pedidos de exame para contratação de empréstimos, operações de crédito ou acordos externos, de interesse dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para fins da manifestação do Poder Executivo Federal, de que trata o artigo 42, item IV, «in fine», da Constituição, deverão ser apresentados pelos Chefes dos Poderes Executivos das entidades interessadas, direta e simultaneamente, aos seguintes órgãos:

I — Secretaria de Planejamento da Presidência da República, para manifestar-se:

a) quanto ao mérito do empreendimento e à sua viabilidade e compatibilidade com os objetivos e os planos nacionais de desenvolvimento, a fim de assegurar a destinação prioritária dos recursos externos a serem obtidos, sempre que necessário em articulação com os Ministérios e órgãos setoriais; e

b) quanto à capacidade de endividamento do Estado, Distrito Federal ou Município.

II — Ministério da Fazenda para apreciar, em articulação com o Banco Central do Brasil, os aspectos creditícios da operação, inclusive, juros, comissões, garantias e outras condições contratuais;

III — Comissão de Empréstimos Externos — CEMPEX, criada pelo Decreto n. 65.071 (\*), de 27 de agosto de 1969, para, quando couber, credenciar a entidade interessada com vistas ao início de negociações com o financiador externo, e ao acompanhamento da tramitação das operações junto aos órgãos próprios.

Art. 2º Em todos os casos, os pedidos deverão estar acompanhados de justificativa adequada do investimento projetado e de estudo da capacidade de endividamento da Unidade interessada, no período da operação de crédito a ser obtida, abrangendo os compromissos financeiros de qualquer natureza, internos e externos.

Art. 3º Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

**Ernesto Geisel** — Presidente da República.

**Mário Henrique Simonsen.**

**João Paulo dos Reis Velloso.**

(\*) V. LEX. Leg. Fed., 1969, pág. 1.228.

## ANEXO D

### PREFEITURA DE NITERÓI

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DIRETORIA DE TERMOS E CONTRATOS

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DIRETORIA DE TERMOS E CONTRATOS	
<b>REGISTRADO</b>	
Termo nº 92/2001	Fls. 47
Livre nº 1804	Em 22/10/01
Afonso Carlos Reveles Espósito Diretor de Termos e Contratos Procurador - OAB RJ 16.539 PCL - Matr. 172114	

#### PROTOCOLO DE INTENÇÕES Nº 93/2001

PROTOCOLO DE INTENÇÕES QUE ENTRE SI FAZEM O MUNICÍPIO DE NITERÓI E O MINISTÉRIO DE SAÚDE PÚBLICA DA REPÚBLICA DE CUBA, VISANDO A COOPERAÇÃO E O INTERCÂMBIO TÉCNICO, na forma abaixo:

Ao quarto (4º) dia do mês de outubro do ano de dois mil e um (2001), o **MUNICÍPIO DE NITERÓI**, representado neste ato pelo Exmo. Sr. Prefeito Municipal, Dr. **JORGE ROBERTO SILVEIRA**, brasileiro, casado, jornalista, carteira de identidade nº 103.952-3, do IFP, CIC nº 250.814.117-87, residente e domiciliado nesta Cidade, sendo a Prefeitura Municipal sediada na Rua Visconde de Sepetiba, nº 987, 6º andar, Centro, Niterói, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 28.521.748/0001-59, doravante denominada simplesmente **MUNICÍPIO DE NITERÓI**, e do outro lado, a **REPÚBLICA DE CUBA**, neste ato representada pelo seu *Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la Republica de Cuba en Brasil*, Deputado **JORGE LEZCANO PÉREZ**, doravante denominada simplesmente **REPÚBLICA DE CUBA**, com base nas decisões constantes do processo administrativo PMN nº 070/2524./2001, resolvem celebrar o presente **PROTOCOLO DE INTENÇÕES**, que se regerá pelas normas legais aplicáveis de ambos os países, e pelas cláusulas e condições seguintes:

**PRIMEIRA - DOS OBJETIVOS:** 1) O presente **PROTOCOLO** tem como objetivo estabelecer a COLABORAÇÃO e o INTERCÂMBIO de metodologias para o controle e aplicação de produtos apropriados ao combate do mosquito vetor da dengue, com a participação de Técnicos Cubanos; 2) Colaboração e intercâmbio para o aperfeiçoamento do Modelo do Programa "MÉDICO DE FAMÍLIA", no Município de Niterói, em especial, na informatização de coleta, processamento e avaliação de processos estatísticos e epidemiológicos, com assessoramento de Técnicos Cubanos especialistas em informação em Saúde, com notória experiência na criação e implementação de Sistemas de Medicina Familiar.

**SEGUNDA - DA CONCRETIZAÇÃO:** A concretização deste **PROTOCOLO DE INTENÇÕES** dar-se-á através da celebração de **CONVÊNIOS** e **ADITIVOS** específicos entre o **MUNICÍPIO DE NITERÓI** e a **REPÚBLICA DE CUBA**, em que, ademais da explicitação de suas finalidades, procedimentos e cronogramas, serão detalhados os recursos humanos, materiais e financeiros necessários à sua implementação, respectiva dotação orçamentária, se necessário, tudo ao teor do que, a respeito, preceitua a Lei n.º 8.666/93, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998.

**TERCEIRA - DA EXECUÇÃO:** As partes comprometem-se a desenvolver os objetivos deste **PROTOCOLO**, mediante a elaboração por cada um dos partícipes, de Programas de Trabalho que detalharão os procedimentos técnicos e os recursos, porventura necessários, estabelecendo para cada Programa seus prazos.

**PARÁGRAFO ÚNICO** - Nos **CONVÊNIOS** ou **ADITIVOS** constarão, conforme cada caso específico: a) O Programa a ser desenvolvido; b) O prazo de execução; c) Pessoal envolvido; d) Cronograma físico e financeiro; e)

**PREFEITURA DE NITERÓI**

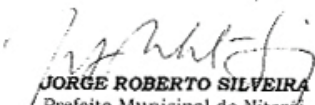
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DIRETORIA DE TERMOS E CONTRATOS

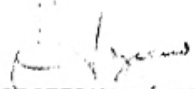
PGM/PDTC  
REGISTRADO

PROTÓCOLO DE INTENÇÕES Nº 03/2001

Fls. 2

Orçamento se for o caso. **QUARTA - DAS ATRIBUIÇÕES DOS SIGNATÁRIOS:** Comprometem-se o **MUNICÍPIO DE NITERÓI** e a **REPÚBLICA DE CUBA** a contribuir com os recursos necessários à execução dos Programas mencionados na Cláusula Primeira e seus desdobramentos, mediante participação a ser estabelecida de comum acordo, quando da realização de cada um dos projetos. **QUINTA - DO EXECUTOR PELO MUNICÍPIO DE NITERÓI:** A FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE SAÚDE ficará responsável pela execução e desenvolvimentos dos objetivos deste PROTOCOLO DE INTENÇÕES. **SEXTA - DO PRAZO DE VIGÊNCIA:** O presente PROTOCOLO DE INTENÇÕES terá vigência de 02 (dois) anos, a contar da data de sua assinatura, podendo ser renovado de comum acordo entre as partes, dentro dos limites estabelecidos pela legislação específica. **SÉTIMA - DA PUBLICAÇÃO:** O MUNICÍPIO providenciará a publicação, sob forma de extrato, do presente instrumento no Diário Oficial da Municipalidade, no prazo de 20 (vinte) dias a contar da data de sua assinatura. **OITAVA - DA REMESSA À CÂMARA MUNICIPAL:** O INSTRUMENTO em questão será remetido pelo MUNICÍPIO à Câmara Municipal de Niterói, na forma do art. 39, inciso XI, da Lei Orgânica do Município de Niterói. **NONA - DO REGISTRO:** Este TERMO DE PROTOCOLO foi lavrado, numerado e registrado no LIVRO DE REGISTROS da PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI. **DÉCIMA - DO FORO** - O Foro privilegiado para dirimir eventuais questões oriundas da execução futura deste Acordo, não resolvidas administrativamente, é o da Justiça Federal, da Comarca de Niterói, RJ. E assim, por estarem justas e acordadas, os signatários, depois de lido e achado conforme, o presente PROTOCOLO DE INTENÇÕES, o assinam, em 03 (três) vias de igual teor e forma, para um mesmo efeito, bem como pelas testemunhas que igualmente o subscrevem. **NITERÓI, 04 DE OUTUBRO DE 2001.**

  
**JORGE ROBERTO SILVEIRA**  
Prefeito Municipal de Niterói

  
**JORGE LEZCANO PÉREZ**  
Embajador de la Republica de Cuba

**TESTEMUNHAS**

1) 

2) 

**PREFEITURA DE NITERÓI**

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DIRETORIA DE TERMOS E CONTRATOS

PGM/PDTC  
REGISTRADO

**EXTRATO N.º 93/2001**

**INSTRUMENTO:** Protocolo de Intenções nº 93/2001.

**PARTES:** Município de Niterói e o Ministério da Saúde de Cuba.

**OBJETO:** Estabelecer a colaboração e o intercâmbio de metodologias para o controle e aplicação de produtos apropriados ao combate do mosquito vetor da dengue, com a participação de Técnicos Cubanos; Colaboração e intercâmbio para o aperfeiçoamento do Modelo do Programa "MÉDICO DE FAMÍLIA", no Município de Niterói, em especial, na informatização de coleta, processamento e avaliação de processos estatísticos e epidemiológicos, com assessoramento de Técnicos Cubanos especialistas em informação em Saúde, com notória experiência na criação e implementação de Sistemas de Medicina Familiar.

**PRAZO:** 02 (dois) anos a contar da data de assinatura.

**FUNDAMENTO:** Lei nº 8.666/93; despachos contidos no processo nº 070/2524/2001.

**DATA DA ASSINATURA:** 04 de outubro de 2001.

Atesto a veracidade dos dados acima.

Niterói, 08 de outubro de 2001.

*Affonso C. R. Esposito*  
**Affonso C. R. Esposito**  
PGM / PDTC - Diretor de Termos e Contratos

*Afonso Carlos Reveles Esposito*  
Diretor de Termos e Contratos  
Procurador - OAB RJ 48.839  
PGM - Matr. 222631-0

À Secretaria de Governo rogando publicação.  
Em 08/10/2001

**PUBLICADO**

Em, 09 de outubro de 2001

No DC. Est. do Rio de Janeiro Pág. 3 - Parte IV

*Buckley*



# UMA REFLEXÃO À LUZ DA TEORIA GERAL DO BIODIREITO

**Albertina Maria Anastácio**

Técnica Judiciária da 18ª Vara Federal;

Professora Universitária de Direito Empresarial;

Pós-graduada em Direito Tributário, Direito Processual Civil e Didática do Ensino Superior

## RESUMO

Trata-se de um estudo a respeito da Teoria Geral do Direito, sendo realizada, inicialmente, uma pesquisa relativa ao direito comparado, demonstrando os seus reflexos tanto na esfera internacional quanto no plano interno dos Estados estrangeiros analisados. O desenvolvimento da teoria em comento, além da evolução da nomenclatura da matéria, também analisa os princípios da Bioética e do Biodireito. Em continuidade à pesquisa, são consideradas as diretrizes éticas em pesquisas biomédicas, ponderando sobre os documentos inovadores do assunto, quais sejam, o Código de Nuremberg e a Declaração de Helsinque, com as suas modificações. Por fim, é delineada a responsabilidade médica e hospitalar no Brasil e a sua aplicabilidade nos campos civil e criminal. Na oportunidade, também é questionada a adoção jurídica do Código de Ética Médica e do Código de Defesa do Consumidor, no que tange à pertinência do assunto.

## PALAVRAS-CHAVE

Bioética. Biodireito. Princípios. Responsabilidade.

## SUMÁRIO

1. Introdução 2. Direito Comparado 2.1 Nomenclatura 2.2. Ordenamento Jurídico 2.2.1. No Plano Externo 2.2.1.1. Bill of Rights - 1689 - Inglaterra 2.2.1.2. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - 1789 - França 2.2.1.3. Convenção de Genebra - 1864 - Suíça 2.2.2.1.4. Comitê Internacional da Cruz Vermelha - 1880 2.2.1.5. Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) - sistema global 2.2.1.6. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) - sistema regional interamericano 2.2.1.7. Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais - 1950 2.2.1.8. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) - 1964 2.2.1.9. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966) 2.2.1.10. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Culturais 2.2.1.11. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos

Direitos dos Povos - 1981 2.2.1.12. Convenção sobre a Diversidade Biológica - 1992 2.2.1.13. Convenção Europeia sobre Bioética - 1996 2.2.2.14. Vaticano 2.2.2. No Plano Interno 2.2.2.1. México 2.2.2.2. Alemanha 2.2.2.3. Suécia 2.2.2.4. Holanda 2.2.2.5. Estados Unidos 2.2.2.6. Argentina 2.2.2.7. Espanha 2.2.2.8. França 2.2.2.9. Suíça 2.2.2.10. Brasil 3. Filosofia jurídica 4. Direitos Humanos 5. Direitos Sociais 6. Direito à Saúde 7. Direitos da Personalidade 8. Ética 9. Bioética e Biodireito 10. Princípios da Bioética 10.1. Princípio da Beneficência 10.2. Princípio da Autonomia 10.3. Princípio da Justiça 11. Princípios do Biodireito 11.1. Princípio da Dignidade 11.2. Princípio da Legalidade 11.3. Princípio do Consentimento Livre e Informado 11.4. Princípio da Cooperação Científica entre Países 11.5. Princípio ao Direito ao Sigilo e à Privacidade 12. Diretrizes éticas em pesquisas biomédicas 13. Código de Nuremberg 14. Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU) 15. Declaração de Helsinque 16. Modificações da Declaração de Helsinque 17. Regulamentação das Pesquisas Científicas no Brasil 18. Responsabilidade Médica 18.1. Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar 18.1.1. O Código Civil e a Legislação Especial 18.1.2. Código de Ética Médica 18.1.3. Código de Defesa do Consumidor 18.1.4. Responsabilidade Subjetiva e Objetiva 18.1.5. Responsabilidade Civil do Estado 18.2. Responsabilidade Criminal 19. Conclusão. 20 Bibliografia

“Na lei, um homem é culpado quando viola o direito de outros. Na ética, ele é culpado se apenas pensar em fazê-lo.” (Immanuel Kant)

## 1. Introdução

*Prima facie*, é mister ressaltar que, em consonância com a filosofia jurídica, o homem, por ser o centro da evolução material e histórica, concentra em seu existir a finalidade em si mesmo. Assim, o homem é o portador desse processo evolutivo.

No Estado grego, o nascimento da *pólis* tornou-se o marco essencial para a civilização grega, apresentando a praça pública (ágora) como um espaço participativo. Surgiu, assim, o *zôon politikón*, um homem novo, gerado por Aristóteles na “Política”.

O homem apresenta uma natureza moral. Dessa forma, sente a necessidade de viver na *pólis*, em comunidade. A *pólis* não é apenas um lugar para se viver, porque através dela torna-se possível uma existência com qualidade.



Nesse sentido, a ciência do Humanismo preocupa-se não apenas com o fato de se estar no mundo, mas também postula uma condição mais valorativa da vida. Por isso, existe a preocupação em tornar o homem realmente “humanitário”.

Observa-se, no mundo contemporâneo, a existência de uma tecnologia da área biomédica mais inovadora, o que provoca, assim, uma revolução antropogenética, impondo decisões políticas no que tange à evolução do gênero humano. De um lado, existe a supermídia, que busca abrutalhar as relações humanas, e de outro, o projeto humanizador, que luta contra os riscos da manipulação biológica.

É cediço que a Medicina é uma ciência que apresenta constante e progressivo desenvolvimento. Mas vale acrescentar que se tornou competência dos estudiosos do Direito a árdua tarefa de contribuir com os seus trabalhos jurídicos, visando a aprimorar esse campo tão árido. Assim, no futuro, a sociedade poderá conseguir enxergar além da “neblina” e, dessa forma, obter maior efetividade quando se tratar de tutelas jurídicas concernentes à disciplina em questão.

## 2. Direito Comparado

### 2.1 Nomenclatura

Primeiro, é preciso esclarecer que a terminologia Biodireito não é única entre os Estados estrangeiros, apresentando uma multiplicidade de nomenclaturas, conforme se pode observar pelo estudo comparado do tema.

Para exemplificar, em Portugal, a matéria é tratada como *Direito Biomédico*; na Itália, *Bio-ius*; na França, *Bio-droit*; no Uruguai, *Direcho Biotecnológico*; na Argentina, *Biodirecho*, mas também existem livros que enfrentam a questão como *Direcho Médico*; no Brasil, era chamada de *Bioética*, mas, a partir da positivação no mundo jurídico, recebeu um novo *status*, o de *Biodireito*.

### 2.2. Ordenamento Jurídico

No que diz respeito ao ordenamento jurídico, este também recebe tratamento de forma distinta entre os Estados estrangeiros, apresentando duplicidade de enfoques, seja no plano externo seja no interno, tratados a seguir.

## **2.2.1. No Plano Externo**

### **2.2.1.1. Bill of Rights - 1689 - Inglaterra**

D. Guilherme III e D. Maria II assumiram o trono na Inglaterra após diversas rebeliões e guerras políticas de cunho religioso. Para isso, foi necessário que aceitassem o inteiro teor do texto da Declaração de Direitos (Bill of Rights), votada pelo Parlamento.

A Declaração, em comento, foi promulgada um século antes da Revolução Francesa.

O seu texto criava a divisão de poderes, como forma de organização do Estado, com o fito de proteger os direitos fundamentais do povo. Importa salientar que a Constituição Alemã incorporou essa garantia constitucional no século XX.

### **2.2.1.2. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - 1789 - França**

Trata-se da mais renomada declaração, por ser fruto da Revolução Francesa, consubstanciando-se, assim, em modelo para o constitucionalismo liberal. Este documento marca o novo período após a queda da Monarquia, na França, desencadeando um movimento de transformação social.

### **2.2.1.3. Convenção de Genebra - 1864 - Suíça**

Até 1945, com a fundação das Nações Unidas, não é possível afirmar a existência, no que tange ao direito internacional, da preocupação com o tema “Direitos Humanos”.

Existiam alguns tratados avulsos, com o fito de proteger algumas classes específicas. Nesse sentido, a Convenção de Genebra (1864) buscou amenizar o sofrimento de soldados doentes e feridos, bem como se preocupou com as populações civis atingidas por um conflito bélico.

Diz-se que a Convenção de Genebra foi a primeira introdução dos direitos humanos à esfera internacional.

### **2.2.2.1.4. Comitê Internacional da Cruz Vermelha - 1880**

Com sede em Genebra, é uma organização independente e neutra, que tem por finalidade proteger e assistir as vítimas das guerras e da violência armada.

Torna-se necessário afirmar que a Comissão Internacional da Cruz Vermelha foi iniciada em 1880 pela Comissão que iniciou os trabalhos na Convenção de Genebra.

### **2.2.1.5. Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) - sistema global**

O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, em fevereiro de 1946, decidiu que a Comissão de Direitos Humanos deveria desenvolver os seus trabalhos em três fases.

A primeira seria para elaborar uma declaração de direitos humanos, que foi concluída em 1948. Essa é uma declaração, e não um tratado. Logo, não impõe aos Estados estrangeiros os seu cumprimento.

Importa esclarecer, ainda, que a declaração em comento não instituiu nenhum órgão internacional judiciário com o propósito de garantir o seu cumprimento, por se tratar tão-somente de normas substanciais.

Foi redigida após as atrocidades da II Grande Guerra. O texto prevê direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, exportados hoje para o mundo inteiro. Vale esclarecer que o seu teor retomou os ideais da Revolução Francesa, e por isso, consagrou a igualdade, a liberdade e a fraternidade como valores supremos do homem.

A segunda etapa seria produzir um documento vinculante, em forma de tratado ou convenção internacional, que foi completado no ano de 1966, pela aprovação de dois importantes pactos: um sobre direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

E, por fim, criaria uma maquinaria para garantir os direitos humanos, e hoje estão implantados mecanismos de reclamações perante a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.

### **2.2.1.6. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) - sistema regional interamericano**

De acordo com essa declaração, diversos são os artigos que versam sobre a matéria, principalmente, no próprio preâmbulo, *in verbis*: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternamente uns para com os outros”.

A Organização das Nações Unidas adotou dois pactos internacionais de direitos humanos, que desenvolveram o teor da presente Declaração de 1948, quais sejam; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

### **2.2.1.7. Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais - 1950**

Essa convenção declara os direitos fundamentais da pessoa humana, celebrada em Roma, em 4 de janeiro de 1950, no intuito de promover a união dos países europeus, assegurando os direitos humanos de seus povos e estimulando o seu desenvolvimento econômico e social.

### **2.2.1.8. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) - 1964**

Foi aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em 22/11/1964, entrando em vigor no plano internacional, em 18/7/1978. O Brasil aderiu à referida Convenção em 25/9/1992 e promulgou o Decreto nº 678, de 6/11/1992.

A jurisprudência pátria tem demonstrado algumas controvérsias sobre a matéria versada no Pacto de San José da Costa Rica.

Vale destacar o Capítulo II, que versa sobre os Direitos Civis e Políticos. Devem ser citados alguns artigos, com relevância à matéria, a seguir: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º); direito à vida (art. 4º); direito à integridade pessoal (art. 5º); liberdade de consciência e de religião (art. 12); liberdade de pensamento e de expressão (art. 13), e direitos da criança (art. 19).

### **2.2.1.9. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)**

Foi adotado pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 16/12/1966 e entrou em vigor em 23/3/1976. O Brasil ratificou o presente tratado, tendo ingressado no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/1991.

O Pacto realiza o desdobramento dos artigos II a XXI da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No tocante ao tema, vale reproduzir o teor dos artigos 7º e 16, *in verbis*: “ART. 7º. Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiência médicas ou científicas” e “ART. 16. Toda pessoa terá direito, em qualquer lugar, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”.

#### **2.2.1.10. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Culturais**

Esse pacto objetiva garantir o direito das classes ou grupos sociais desfavorecidos, protegendo os indivíduos contra os abusos cometidos pelo Poder Público.

#### **2.2.1.11. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos - 1981**

Aprovada na 18ª Conferência de Chefes de Estado e Governo, reunida em Nairóbi (Quênia), em junho de 1981. O texto afirmou a titularidade, pelos povos, dos direitos humanos, seja nacionalmente ou no plano internacional. Como exemplo, deve ser observada a redação do artigo 10 do Documento, a seguir:

1. Todos os povos têm direito à existência. Eles têm o direito inquestionável e inalienável à autodeterminação. Eles devem determinar livremente seu *status* político e realizar seu desenvolvimento econômico e social, de acordo com a política que livremente escolherem. [...]

Nesse sentido, cumpre esclarecer, por oportuno, que o direito à autodeterminação é político enquanto que o direito à existência é fundamental aos direitos dos povos, não podendo ser vítima de ações genocidas.

#### **2.2.1.12. Convenção sobre a Diversidade Biológica - 1992**

Esta Convenção foi assinada no Rio de Janeiro em 5/6/1992 e ingressou no plano internacional em 29/12/1993. No Brasil, ela foi inserida no ordenamento jurídico pelo Decreto Legislativo nº 2, de 3/2/1994, e promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16/3/1998.

O texto afirmou a diversidade biológica na humanidade. Importa ressaltar que o preâmbulo reconheceu que “o desenvolvimento econômico e social e a inadequação da pobreza são as prioridades primordiais e absolutas dos países em desenvolvimento”.

#### **2.2.1.13. Convenção Européia sobre Bioética - 1996**

Passou a ser adotada desde 19 de novembro de 1996, consagrando, como regra geral, a necessidade do prévio consentimento livre e informado do paciente, anterior a uma intervenção na área da saúde. Quando se tratar de incapazes, só será possível a

aludida intervenção quando o bem a ser tutelado for diretamente em favor deles, sendo necessária, evidentemente, a prévia autorização nos termos da legislação.

Também defendeu-se o direito da pessoa humana em não ser informada, direito que só será reconhecido, de forma excepcional, quando houver interesse da própria pessoa envolvida.

Vale acrescentar, ainda, que a Convenção Européia sobre Bioética foi substituída pela **Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e a Dignidade do Ser Humano**, que visa a sua aplicação na Biologia e na Medicina e consagra a proteção da dignidade e identidade da pessoa humana, protegendo-a de qualquer discriminação, respeitando a sua integridade e resguardando os seus direitos e liberdades fundamentais.

#### **2.2.2.14. Vaticano**

O Estado do Vaticano, pelo seu caráter espiritual, não faz parte de nenhuma Organização Internacional.

Mas, é preciso ressaltar a importância do seu Chefe de Estado, e também religioso, o Papa, que vêm contribuindo em questões mundiais como um verdadeiro exemplo de diplomacia, principalmente o Papa João Paulo II, que priorizava o diálogo com vários povos e, sem o emprego da força, galgava aprimoramentos diplomáticos sem medida.

### **2.2.2. No Plano Interno**

#### **2.2.2.1. México**

A Constituição Mexicana de 1917 promoveu a garantia para as liberdades individuais e políticas, antes negadas aos opositores do presidente na ditadura militar.

Foi a primeira Carta Política a consagrar os direitos trabalhistas como direitos fundamentais, ao lado das liberdades individuais e dos direitos políticos.

#### **2.2.2.2. Alemanha**

A Constituição de Weimar foi elaborada e votada nessa cidade da Saxônia em 1919, como fruto da I Grande Guerra (1914-1918), instituindo a primeira República Alemã.

Após o término da I Grande Guerra, houve um reconhecimento mundial de novos direitos, os denominados direitos econômicos e sociais, que não se separam, e sim, se agregam às liberdades públicas.

É cediço que o Estado da Democracia Social foi implantado pela Constituição Mexicana em 1917. Mas em 1919 a estrutura desse Estado Democrata Social ficou mais sustentada, e, assim, ele foi difundido em vários países após a II Guerra Mundial.

É mister ressaltar que a doutrina internacional considera a democracia social como a melhor defesa para a dignidade da pessoa humana. Os direitos sociais foram consagrados na Constituição de Weimar.

Entretanto, a Alemanha apresenta diversas inovações sobre o tema da personalidade, refletindo, assim, em outros direitos estrangeiros.

#### **2.2.2.3. Suécia**

Desde 1º de janeiro de 1985 existe lei que regulamenta a inseminação artificial.

#### **2.2.2.4. Holanda**

No que tange à procriação artificial, existe um documento em que constam várias reservas e cautelas para estender a procriação assistida às mulheres sós. A legislação proíbe a fecundação de óvulos humanos com fins distintos ao da reprodução. Dessa feita, a investigação em embriões in vitro é autorizada para fins diagnósticos.

#### **2.2.2.5. Estados Unidos**

A jurisprudência constitucional nos Estados Unidos tem analisado diversos casos de eutanásia e estado vegetativo. Os estudiosos do tema vêm discutindo sobre os critérios éticos e jurídicos quanto ao assunto. Em 1995, os Estados Unidos apresentavam, consoante dados estatísticos, que cerca de 10 mil a 25 mil adultos e 6 mil a 10 mil crianças apresentavam, à época, diagnóstico de estado vegetativo, para o qual a ciência ainda não apresentou tratamento eficaz, malgrado a existência de medicamentos, programas de estimulação sensorial e elétrica.

Dessa feita, alguns norte-americanos defendem o direito de morrer com dignidade em vez de ter uma vida sustentada por tecnologia médica. Nos Estados Unidos, em 1950, desenvolveu-se a idéia da autodeterminação, que prima pelo direito explícito ao consentimento livre e expresso, o chamado consentimento informado, apregoado pelo Código de Nuremberg, em 1947. Assim, foi sustentado que o adulto tem o direito de fazer o que deseja com o seu corpo, e não pode o médico decidir pelo paciente.

### 2.2.2.6. Argentina

Procurou-se examinar os critérios sobre o legítimo interesse pelas investigações nos seres humanos, ante as experiências ocorridas durante os regimes autoritários. A Lei nº 11.044 estabeleceu critérios sobre a proteção das pessoas envolvidas nas investigações científicas, analisando o respeito à dignidade do ser humano, examinando a proteção da segurança, da integridade e do bem-estar das pessoas envolvidas nas pesquisas.

O direito argentino considera o direito à saúde como direito personalíssimo ou direito humano fundamental, na qualidade de critérios orientadores tanto do direito quanto da filosofia, ambos dos direitos humanos, e trata a dignidade da pessoa humana como valor axiológico supremo. Assim, a doutrina argentina orienta para que os pacientes em estado vegetativo possam ser submetidos a programas terapêuticos. Pelo fato de serem consideradas “pessoas humanas”, por essa razão, deverão ser protegidos os seus direitos fundamentais.

### 2.2.2.7. Espanha

O direito espanhol enfatiza a autonomia e o consentimento informado do paciente.

A Constituição espanhola de 1978 ampliou os direitos e liberdades fundamentais, em um Estado Democrático de Direito e, por isso, também, social, concedendo primazia à dignidade da pessoa humana em relação a qualquer outro bem jurídico.

A Lei Geral da Saúde, de 1986, regulou o consentimento informado, ao reconhecer os seus princípios de liberdade e admitir a liberdade do paciente em se recusar à submissão de determinado tratamento médico.

### 2.2.2.8. França

As leis de bioética de 1994 regulam o consentimento. A Lei nº 94-653 realizou diversas modificações no Código Civil, consagrando a prevalência da pessoa humana, como também proibindo o desrespeito ao ser humano e todo atentado em relação à sua dignidade. Essa lei não se refere ao consentimento informado ou esclarecido, apenas discorre sobre o consentimento. Assim, a integridade da pessoa humana só poderá ser descuidada em situações de necessidade terapêutica para a pessoa e de acordo com prévio consentimento do interessado.



Em 1978, foi aprovada uma lei concernente aos setores públicos e privados, devendo ser aplicada pela Comissão Nacional de Informática e das Liberdades. Essa lei estabelece que a informática não pode atentar contra a identidade humana, o direito do homem, a sua vida privada, as liberdades individuais ou públicas.

#### **2.2.2.9. Suíça**

Os Cantões apresentam os seus próprios textos legais, não há uma legislação geral. Importa esclarecer que a proteção dos dados pessoais apresentou grande relevância.

#### **2.2.2.10. Brasil**

A Constituição da República de 1988, ao consagrar a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, como consectário valorou a dignidade da pessoa humana, além da autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos, também regulamentados pela Lei nº 9.434/97. Com o advento do novo Código Civil, em 2002, foi concedido um destaque especial à Teoria dos Direitos da Personalidade do Homem.

### **3. Filosofia jurídica**

A Filosofia busca problematizar os vários aspectos científicos, valorando as suas expressões, além de indagar sobre a validade de uma determinada pesquisa, vislumbrando se os resultados serão benéficos ou maléficos para a humanidade.

A passagem do “plano do ser” para o do “dever ser” apresenta, em paralelo, o acesso da ciência para o estudo dos critérios em que se deve analisar essa ciência.

### **4. Direitos Humanos**

O estudo da ética ficou esquecido em relação à evolução científica mundial.

Durante o século XX, aconteceram fatos mundiais que abalaram o plano internacional, como: as duas Grandes Guerras Mundiais; as atrocidades realizadas nos campos de concentração nazista, inclusive os abusos genéticos, expressões do programa nazista de melhoria da raça ariana.

Dessa feita, em face da crise ética internacional, reiniciou-se a discussão a respeito dos avanços das pesquisas biológicas, procurando-se estabelecer limites éticos, pela inserção de valores morais na ordem jurídica.

Assim, foram construídos princípios bioéticos e normas de biodireito em prol da pesquisa e da tecnologia da biologia, sob o enfoque do Direito Médico, que hoje apresenta desdobramentos em outras disciplinas importantes, a saber: Ética Médica, Medicina Legal, Deontologia Médica, Responsabilidade Médica, etc.

Nesse sentido, a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos representa um lugar de relevo científico e se constitui em mais uma etapa no processo dessa evolução da pesquisa genética, à luz dos valores morais, expressos principalmente através dos Direitos Fundamentais, que compõem o Estado Democrático de Direito.

Logo, a teoria dos direitos fundamentais ocupa um lugar de destaque no plano científico, posto que traça um esboço dos limites do poder do Estado, consubstanciando-se, assim, no eixo das constituições.

A constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, desenvolvidas pela jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supranacionais de direitos humanos, como a Corte Européia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, contribuíram para o acolhimento, em todos os países, da dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

A teoria geral da bioética, arrimada nos direitos humanos, aponta, por exemplo, alguns direitos como próprios do embrião humano: o direito a não ser discriminado por razão de enfermidades ou deficiências físicas; o direito a não ser objeto de experimentação; o direito de não ser congelado, entre outros.

No plano constitucional, a Carta da República de 1988, em respeito aos valores éticos e sociais da pessoa humana, traçou diversos dispositivos em prol da teoria dos direitos fundamentais, assumindo a presente Carta Maior o Estado Democrático de Direito, centrado na legitimidade, posto que prima pelos direitos humanos, concedendo relevância a diversos pontos que se tornaram essenciais à valoração do ser-humano, como, por exemplo: a dignidade humana como fundamento (inciso III do art. 1º); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I do art. 3º); a prevalência dos direitos humanos (inciso II do art. 4º); a inviolabilidade do direito à vida (*caput* do art. 5º); o direito à saúde (art. 6º) e o que mais se ofereça.

## 5. Direitos Sociais

Os direitos sociais são considerados de 2ª geração, pelos quais o Estado visa distribuir a igualdade social, com o fito de diminuir as diferenças sociais, com predileção ao hipossuficiente.

Apresentam diversas classificações na doutrina, podendo ser: dos trabalhadores, da seguridade social, da natureza econômica, da cultura, da segurança, entre outros. José Afonso da Silva ainda estabelece como categorias os direitos sociais do homem como produtor e o do homem como consumidor. Nesse contexto, a saúde é considerada direito social do homem consumidor.

Torna-se necessário esclarecer que os direitos sociais de seguridade social compreendem os direitos à saúde, à assistência social e à previdência social.

As constituições de diversos países passaram a tratar da ordem social, sendo que a primeira a realizá-lo foi a Constituição Mexicana, de 1917.

No Brasil, o ingresso do tema foi na Constituição de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar.

Alguns doutrinadores, entre eles, José Afonso e André Tavares, criticam a Carta Magna, tendo em vista que ela considerou como ordem social outras matérias que não apresentam conteúdo de temática social, como, por exemplo, a questão dos “índios”.

## 6. Direito à Saúde

Em consonância com o artigo 196 da Constituição da República, o direito à saúde é um direito de todos e um dever do Estado, apresentando relevância pública, nos termos do artigo 196 da Carta Maior.

Por sua vez, o artigo 198, do mesmo texto, apregoa que as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo-se em um sistema único, que apresenta, como alguns de seus preceitos e diretrizes, os seguintes: descentralização; atendimento integral; participação da comunidade; financiamento do SUS, com os recursos da seguridade social; liberdade na assistência à saúde, entre outros.

Todos possuem direito à vida. Nesse sentido, nos casos de doença, a pessoa terá direito a um tratamento condigno, de acordo com o estado atual da medicina, sendo irrelevante a sua situação econômica. Assim, os tribunais têm concedido tutelas jurisdicionais em favor de pacientes que apresentam moléstias graves.

Vale acrescentar que a Constituição anterior enfrentou o tema estabelecendo a competência legiferante da União sobre defesa e proteção da saúde, mas o texto da *Carta Magna* atual concedeu à saúde um *status* de direito fundamental do homem.

## 7. Direitos da Personalidade

A Teoria dos Direitos da Personalidade foi consagrada pelo Código Civil de 2002.

Dessa feita, o ser humano é o titular dos direitos da personalidade, mas o nascituro também tem resguardado os seus direitos.

O inciso III do artigo 6º do **Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966** apregoa que o ser humano tem direito à vida, devendo esse direito ser protegido pela lei.

Assim como a vida, existe proteção especial ao direito à integridade física, para fins de incolumidade corpórea e intelectual, nos termos do art. 15, do Código Civil; como também, no artigo 13, existe uma preocupação legal em salvaguardar o corpo vivo e o corpo morto.

Vale acrescentar que a violação de cadáver só é permitida para fins de prova (exame necroscópico), nos termos do art. 162 do Código de Processo Penal, ou em caso de necessidade de transplante e em benefício da ciência, sem fins lucrativos.

Em segundo plano, existe o direito aos elementos intrínsecos do ser humano, como liberdade, intimidade, privacidade, segredo e o que mais se ofereça.

No que diz respeito ao direito de liberdade, importa lembrar o brocado latino “*libertas est naturalis facultas ejus quod cuiquo facere libet nisi si quid vi aut jure prohibetur*”, ou seja, a “liberdade é a faculdade natural de fazer o que se deseja desde que não haja proibição da força ou de direito”.

Quanto ao direito de liberdade de pensamento, o indivíduo tem liberdade de foro íntimo, sem ser obrigado a pensar neste ou naquele entendimento, além da liberdade de consciência e crença religiosa, sendo respeitadas as suas convicções políticas, filosóficas e religiosas.

Todo homem tem direito ao segredo pessoal, profissional e doméstico. É mister ressaltar que, se o segredo profissional for divulgado, será conduta típica prevista nos artigos 153 e 154 do Código Penal. Isto porque a revelação de um segredo profissional poderá também atingir o direito à integridade moral, e o ser humano tem direito à honra e à imagem.

No que tange à proteção dos direitos da personalidade, esta poderá ser de forma preventiva, através do ajuizamento de ação própria com o objetivo impedir lesão ao direito de personalidade, e de forma repressiva, nos casos em que já houve a efetivação da lesão, por meio de sanção civil (indenização pelos danos sofridos) ou penal. É preciso ressaltar que ambas as tutelas estão previstas no artigo 12 do Diploma Civil.

## 8. Ética

O vocábulo *éthos*, de origem grega, significa costume ou propriedade de caráter.

Quando a idéia for de costume, estaremos diante da moral. E, quando se tratar de propriedade de caráter, estaremos no campo da ética.

Segundo MOORE, ética é uma ciência sistemática, cujo objetivo principal é conceber razões corretas para se pensar que isso ou aquilo é bom.

A sociedade ética se consubstancia na espécie de sociedade que prima pelo bem-estar de todos, oferecendo oportunidades iguais para o progresso dos indivíduos em uma ordem democrática.

Por seu turno, a ética é um conjunto de regras, princípios e formas de pensar, direcionada a realizar o bem em si mesmo, opondo-se àquilo que for eivado de indignidade.

## 9. Bioética e Biodireito

O Direito contemporâneo aponta, no que tange à Bioética e ao Biodireito, uma face humanista, em respeito ao princípio fundamental da dignidade humana, consagrado no inciso III do artigo 1º da Constituição da República, consubstanciando-se no respeito à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e nos devidos cuidados com os direitos da personalidade, direitos humanitários fundados, nitidamente, nos ideais de justiça. Assim, tanto a bioética quanto o biodireito estão arrimados nos direitos fundamentais. Logo, a biologia molecular ou a biotecnociência não poderão cometer injustiças em relação à pessoa humana, ainda que sob a falsa alegação do “benefício em prol da humanidade”. Isso porque as intervenções científicas sobre a pessoa humana não podem descurar os valores essenciais à sua existência.

Dessa forma, os biólogos, os médicos, os bioeticistas, os aplicadores do Direito e os geneticistas (estudiosos da genética - ramo da biologia que estuda as leis de transmissão dos caracteres hereditários nos indivíduos) devem desenvolver diariamente uma grande luta em favor da vida, através da valorização dos direitos humanos. Assim, os princípios constitucionais devem estabelecer os princípios do biodireito.

É cediço que tanto a bioética quanto o biodireito são decorrentes da vida biológica, sob o prisma dos direitos humanos para melhores estudos da ciência médica.

A raiz “bio” significa “vida animal” (biológica) do ser humano. A denominação *bioética* é atribuída ao oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselaer Potter,

da Universidade de Wisconsin, em seu livro “Bioethics: Bridge to the future”. Potter equiparou a ética a uma ponte para o futuro, estabelecendo um liame entre a ciência e a humanidade, consubstanciando-se em uma ciência que buscaria auxílio às ciências biológicas, com o fito de aprimorar a qualidade da vida humana.

Pela bioética é possível analisar todas as implicações e a problemática concernentes às modificações do processo de vida do ser humano.

Por sua vez, o biodireito trata da regulamentação mínima necessária para fins de garantia de um convívio harmonioso e pleno de justiça e dignidade, com o objetivo de alcançar uma melhoria sobre vários temas, como, por exemplo, clonagem da vida animal, engenharia genética, criogenia (ciência da produção e manutenção de temperaturas muito baixas em sistemas ou materiais), entre outros.

## 10. Princípios da Bioética

No que diz respeito à biociência, existem várias correntes importantes. Mas, de acordo com a corrente principialista, iniciada por Tom Beuchamp e James Childress, através da obra “Principles of Biomedical Ethics”, quatro princípios foram escolhidos como núcleos norteadores da bioética: beneficência, maleficência, justiça e autonomia, tendo sido defendida a inexistência de hierarquia entre eles.

O Congresso norte-americano, em 1974, para estabelecer os princípios éticos que deveriam nortear as pesquisas de experimentação com seres humanos, criou a Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos sujeitos à Investigação Biomédica e do Comportamento.

Em 1978, essa comissão publicou o Relatório Belmont (Belmont Report), que estabeleceu três princípios, conhecidos como a “trindade da bioética”, expressos nos seguintes: princípios da beneficência, autonomia e justiça.

Alguns autores acrescentaram ainda mais dois princípios, quais sejam, o da qualidade de vida e o da alteridade.

Segundo a bioética religiosa, também são apontados como princípios a sacralidade, a natureza da vida humana, os meios ordinários de se garantir a saúde e a vida.

Entretanto, o presente estudo diferencia, a seguir, os princípios elegidos pelo Belmont Report:

### 10.1. Princípio da Beneficência

Do latim *bonum facere* (fazer o bem), este princípio significa que os profissionais da saúde devem promover, em primeiro lugar, o bem-estar dos pacientes.

Dessa feita, é mister ressaltar que o princípio da beneficência está arrimado na confiabilidade, ínsito na relação médico-paciente.

## **10.2. Princípio da Autonomia**

Trata-se de um princípio democrático, segundo o qual devem ser respeitados a vontade e o consentimento livre dos pacientes ou de seus representantes legais, permitindo que as pessoas se autogovernem e façam as suas escolhas pessoais, ainda que fundadas em crenças religiosas.

Dessa forma, este princípio, ao respeitar a autonomia do paciente, concede primazia à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, em conformidade com o inciso III, do artigo 1º da Carta Magna.

## **10.3. Princípio da Justiça**

O princípio da justiça, sob o enfoque da bioética, revela a obrigatoriedade de garantia da distribuição dos bens e serviços da medicina ou área da saúde, de forma justa, universal e equitativa.

## **11. Princípios do Biodireito**

Alguns princípios são apontados como norteadores do biodireito, pelos estudiosos do tema, expressos a seguir:

### **11.1. Princípio da Dignidade**

Consoante explicações anteriores, a Constituição da República concedeu à pessoa humana um valor especial, ao estabelecer a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana (desculpe-me pela repetição de idéias). Assim, a dignidade apresenta um valor de fim, e não, meramente, instrumental.

### **11.2. Princípio da Legalidade**

A legalidade deve ter correlação com outros princípios éticos, sob à luz da dignidade da pessoa humana, podendo o seu campo de atuação ser ampliado ou restringido.

### 11.3. Princípio do Consentimento Livre e Informado

Para fins de adoção dos procedimentos concernentes ao biodireito, é mister, nos dias hodiernos, o prévio consentimento das pessoas envolvidas. Mas o consentimento livre, expresso pela concordância documental, apresentando duas testemunhas, se possível, deverá ser o resultado da informação.

Isso porque o consentimento informado é resultante de um processo de esclarecimento às pessoas envolvidas. A manifestação da vontade verbal ou por escrito, como nos Termos de Consentimento Esclarecido, Consentimento Pós-Informação, no Termo de Responsabilidade, entre outros, será posterior ao processo de informação, em que já terá sido esclarecido ao paciente o diagnóstico, as opções de tratamentos, os prognósticos, os riscos, as possíveis consequências e o que mais se ofereça.

### 11.4. Princípio da Cooperação Científica entre Países

A Farmacoeconomia é a área da Economia concernente à produção de medicamentos. Movimentando, assim, a curva de equilíbrio de bens e serviços, de forma acentuada, apresentando os grandes laboratórios valores altos em suas cotações na Bolsa de Valores, provocados, inclusive, pela desova de seus estoques, o que aquece a produção e a circulação desses produtos.

Dessa feita, a não-cooperação entre os países irá refletir na dignidade da pessoa humana, pois os pacientes hipossuficientes não terão acesso aos medicamentos. Vale esclarecer que a saúde apresenta, como um de seus alicerces, os próprios medicamentos, mas, dos gastos com saúde, 80% (oitenta por cento) são destinados a apenas 20% (vinte por cento) da população.

### 11.5. Princípio do Direito ao Sigilo e à Privacidade

A privacidade é preservada como direito ao segredo. Isto porque o diagnóstico poderá influenciar de forma negativa no meio social, fazendo com que o paciente fique exposto às discriminações sociais e, até mesmo, profissionais.

Mesmo porque entre o paciente e o médico existe a relação de confiabilidade e a quebra do segredo profissional irá causar uma ruptura nessa relação de confiança e, quiçá, pôr em risco todo o tratamento médico.



## 12. Diretrizes éticas em pesquisas biomédicas

As experiências biomédicas com seres humanos contribuíram, ao longo do tempo, para os avanços biocientíficos, melhorando assim a qualidade de vida do ser humano.

Entretanto, quando se comenta este tema de experimentação com seres humanos, quase sempre se causa um certo impacto, tendo em vista os abusos científicos ocorridos no passado e que ainda acontecem no presente.

Convém acrescentar que até mesmo no Código de Hammurabi havia dispositivos a respeito de prêmios para os cirurgiões que obtivessem êxito em suas experiências, e castigos para aqueles que falhassem nas experimentações. Esses castigos poderiam ser o pagamento de uma indenização ou até mesmo a pena de mutilação de um membro (amputação das mãos).

Observa-se, ainda, que não foi só na época da Alemanha nazista, sobretudo na II Guerra Mundial, que a história registrou um grande número de atrocidades cometidas pelos cientistas nazistas, no que tange à pesquisa com seres humanos. Isso porque, mesmo antes dessa época foram registrados abusos diversificados nas experiências com seres humanos, como, por exemplo, o transplante de um tumor do seio de uma mulher com câncer para outro sadio, buscando analisar se a doença iria se desenvolver na glândula mamária sadia, e a inoculação de sífilis em pessoa sadia para pesquisar o seu contágio.

Para prevenir a escarlatina (doença infecciosa causada por estreptococos e que se caracteriza por febre, amigdalite, faringite, etc.), em 1887, crianças foram submetidas à transfusão de sangue de pessoas contaminadas com a doença.

Assim, a história da pesquisa científica biológica encontra-se repleta de exemplos de pesquisas abusivas. Por conseqüência, surge a necessidade de se estabelecer uma política de controle científico ou ético como forma de acompanhamento e proteção ao desenvolvimento das pesquisas científicas que envolvam experimentação em seres humanos.

Logo após a II Guerra Mundial, tendo em vista as atrocidades realizadas pelos cientistas nazistas, com o texto de pesquisa científica em prisioneiros de guerra, foram desenvolvidos estudos a respeito das Diretrizes Éticas que deveriam nortear as pesquisas e experiências com seres humanos. Nessa política protecionista da pesquisa científica, a partir do julgamento dos cientistas nazistas pelo Tribunal Militar de Nuremberg por crimes praticados contra a humanidade, surgiram dois documentos básicos, fundamentais e internacionais: o Código de Nuremberg (1947) e a Declaração dos Direitos do Homem (1948).

## 13. Código de Nuremberg

O Código de Nuremberg foi o primeiro código de ética do século XX, adotado na II Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, realizada na cidade de Nuremberg (Alemanha).

Vale esclarecer que o juramento de Hipócrates enfatizava a *beneficência* e o *sigilo*, mas não tratava da autonomia do paciente, no que diz respeito ao seu consentimento.

Por sua vez, o Código de Nuremberg, como expressão de uma política ética em relação às experiências com seres humanos, busca apontar as Diretrizes Éticas nessa matéria, enfatizando assim o “Consentimento Voluntário” ou o “Consentimento Esclarecido”.

#### **14. Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU)**

Este documento foi aprovado pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948, em Paris.

O aludido texto estabelece os direitos fundamentais da humanidade, ao universalizar princípios para fins de proteção e garantia da dignidade da pessoa humana.

Também foram consagrados, no bojo do documento, o respeito à liberdade, o tratamento igualitário de todas as pessoas em qualquer lugar e o que mais se ofereça.

#### **15. Declaração de Helsinque**

Este documento foi aprovado em 1964, em Helsinque, na Finlândia, durante o 18º Congresso Médico Mundial, que reuniu cientistas do mundo inteiro.

Foram traçados, em Helsinque, novos parâmetros éticos para as pesquisas científicas com seres humanos, independentemente de raça, cor, crença, condição social ou econômica, origem, etc.

Pode ser observado que a autonomia do paciente, através do consentimento, tem sido assegurada desde a década de 40, mas só ingressou no mundo fático, na relação médico-paciente, somente nas décadas de 60 e 70.

A Declaração de Helsinque reconheceu que as experiências científicas apresentam benefícios tanto para o paciente, quanto para a ciência. Mas também reconheceu, pela primeira vez, a legitimidade do consentimento para experiências científicas em seres humanos, dado pelo representante, quando se tratar de crianças ou pessoas que não estão em pleno gozo de seus direitos para dar este consentimento.

#### **16. Modificações da Declaração de Helsinque**

A Declaração de Helsinque é de 1964. Sendo assim, precisou ser modificada com a evolução da sociedade. Dessa forma, foram realizadas cinco revisões de texto.

A primeira revisão é de 1975, realizada na 29ª Assembléia da Associação Médica Mundial, onde foram adotadas algumas medidas, a saber: necessidade de controle externo relativo às pesquisas biomédicas com seres humanos; existência de protocolos claros a respeito dos experimentos, e, também, a submissão da pesquisa a um comitê designado.

Ainda existiram as revisões de 1983, 1989, 1996 e 2000. A última revisão da Declaração de Helsinque ocorreu em Edimburgo, Escócia, durante a 52ª Assembléia da Associação Médica Mundial.

Os americanos apresentaram as principais propostas de modificação, mas os argumentos não se fundavam em parâmetros éticos, tendo em vista que abordavam questões econômicas, por isso essas propostas não obtiveram êxito. As aludidas propostas não asseguraram métodos profiláticos de boa qualidade aos participantes das pesquisas clínicas, sob a alegação de que os países pobres não conseguem obter os melhores tratamentos. Tais modificações não foram aceitas ante a percepção da tentativa de se obter custos mais baixos com as referidas pesquisas científicas.

Cumprе esclarecer que outros documentos internacionais relativos à pesquisa em seres humanos foram elaborados em anos posteriores, como: as Propostas de Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas envolvendo seres humanos, redigidas pelo Conselho para Organização Internacional de Ciências Médicas (CIOMS), junto com a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1982, e revisada em 1993; e as Diretrizes Internacionais para Revisão Ética de Estudos Epidemiológicos (CIOMS - 1991).

É preciso acrescentar, ainda, que a ONU, em 1966, aprovou o Acordo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, referendado pelo Congresso Nacional Brasileiro somente em 1992.

Por fim, deve ser observado que o Código de Nuremberg, a Declaração de Helsinque e as Diretrizes Internacionais de Pesquisas envolvendo seres humanos (CIOMS - OMS) são documentos internacionais orientadores das pesquisas médicas mundiais, estabelecendo limites éticos para a realização destas.

As Diretrizes Internacionais buscaram considerar as diversidades culturais dos países em desenvolvimento e adaptá-las às condições socioeconômicas, administrativas e jurídicas de cada um.

Por outro lado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos procurou conceder um peso jurídico à matéria, tendo em vista que estabeleceu princípios fundamentais dos direitos humanos, importados inclusive para o texto da Constituição da República do Brasil, de 1988. Dessa forma, qualquer violação aos referidos princípios apresentará um resultado na área jurídica, seja de ordem interna seja no plano internacional.

## 17. Regulamentação das Pesquisas Científicas no Brasil

É mister citar alguns textos que compõem a árdua tarefa de regulamentação das pesquisas científicas no Brasil, para fins de estudo de seu desenvolvimento, expostos a seguir:

- **1978 - Resolução Normativa nº 01/78:** estabeleceu que “nenhuma pesquisa poderia utilizar seres humanos sem que antes fosse realizada em pelo menos três espécies de animais, sendo uma não roedora”.
- **1988 - Resolução nº 01/88,** do Conselho Nacional de Saúde: aprovou as Normas Éticas sobre as pesquisas em seres humanos, sendo suprimida a obrigatoriedade de realização das pesquisas em três espécies de animais, sendo uma não roedora, antes de ser utilizada em seres humanos.
- **1995 - Resolução nº 196/96:** revisão da Resolução nº 01/88, com fundamento nas novas diretrizes. Tais alterações foram aprovadas no I Congresso Brasileiro de Bioética (SP, julho de 1996). Após o referido congresso, o Plenário do Conselho Nacional de Saúde aprovou o texto da Resolução nº 196/96 com as Diretrizes e Normas Regulamentadoras para Pesquisa envolvendo seres humanos, sendo o texto publicado em 16 de outubro de 1996.
- **1997 - Resolução nº 251/97:** tratou das pesquisas e dos novos fármacos, medicamentos, vacinas e testes diagnósticos.

Foi criada a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), com função consultiva, deliberativa, normativa e educativa, apresentando como objetivo a implantação das normas e diretrizes regulamentadoras em pesquisas com seres humanos.

A Resolução também determina a criação de Comitês de Ética em Pesquisas (CEP), instituições onde são desenvolvidas as pesquisas em seres humanos.

Vale acrescentar, ainda, por oportuno, que as diretrizes éticas buscam respeitar a dignidade humana, e não pode a pesquisa científica apresentar objetivos direcionados à satisfação de interesses de terceiros (industriais ou comerciais), ou mesmo da ciência ou dos cientistas.

É preciso que as pesquisas em seres humanos atendam aos princípios éticos da autonomia individual, da privacidade, do direito à informação, da ponderação entre riscos e benefícios do consentimento esclarecido, das confidências da informação e o que mais se ofereça.

## 18. Responsabilidade Médica

### 18.1. Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar

#### 18.1.1. O Código Civil e a Legislação Especial

A Responsabilidade Civil se traduz no poder estatal em coagir o responsável pelo dano, a realizar a sua reparação.

O Código Civil de 2002 é omissivo no que tange à atividade médica. Quanto ao Código Civil de 1916, este previa a responsabilidade médica no artigo 1545, *in verbis*:

Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

Hoje, aplica-se o artigo 951 do Diploma Legal atual, que regula a responsabilidade civil decorrente do exercício da atividade profissional infracitada:

O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho.

São aplicáveis, além das normas de Responsabilidade Civil (arts. 927 a 944, e 954), previstas no Código Civil, as normas gerais relativas à validade do negócio jurídico, na forma de contrato de serviços médicos, posto que, em regra, os serviços médicos são prestados na forma de contratos dessa modalidade.

Quanto à legislação extravagante, esta é esparsa no que tange à regulação da estrutura dos planos de saúde, bem como à prática de atos médicos especiais, como, por exemplo, a transfusão de sangue, os transplantes de órgãos, etc.

Por seu turno, é mister explicitar algumas leis especiais, a saber:

· Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata da esterilização voluntária, versando sobre o Planejamento Familiar;

- Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que regula a extração, a doação e o transplante de órgãos, tratando da remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano para fins de transplante e tratamento, alterada pela Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001;
- Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que versa sobre os Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde;
- Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001, que regula a coleta, o processamento, a estocagem, o modo de distribuição e aplicação do sangue.

### 18.1.2. Código de Ética Médica

O Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.246, de 8 de janeiro de 1988, dispõe sobre o conjunto dos princípios e normas éticas aplicáveis à profissão médica.

Por sua vez, as normas são de caráter ético-moral. Assim, as normas do Código Deontológico não são lei. Por outro lado, o aludido Código deverá ser aplicado ao contrato médico e defende a boa-fé objetiva como princípio contratual.

### 18.1.3. Código de Defesa do Consumidor

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, é matéria controvertida.

A corrente que defende a sua inaplicabilidade parte da idéia de que o paciente não é equiparado a consumidor.

Como, em regra, os serviços médicos são prestados na forma de contrato de serviços médicos, então devem ser aplicadas a eles, as normas concernentes à prestação de serviços, dispostas pelos artigos 593 e seguintes do Código Civil.

Mas, conforme esclarecimentos anteriores, caso inexistir previsão específica para o serviço médico, logo aplicar-se-ão as regras gerais dos contratos e da responsabilidade civil, previstas no Código Civil.

Por outro lado, existe a corrente que defende a aplicação do Código em Defesa do Consumidor nas relações jurídicas entre médico e paciente.

### 18.1.4. Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

A Teoria da Responsabilidade Subjetiva é aplicada como regra geral, fundada nos artigos 186, 187, e 927 a 943 do Código Civil.

Por seu turno, a responsabilidade civil objetiva é exceção, quando o elemento “culpa” é desprezado.

Assim, a responsabilidade civil será subjetiva quando houver previsão legal ou situação fática onde a vítima não tem como se defender. Isso nos termos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Por sua vez, a responsabilidade civil objetiva, que põe em segundo plano a pesquisa da conduta moral do agente, somente será aplicada à situação fática, mediante expressa previsão legal.

Os que defendem a aplicação do Código em Defesa do Consumidor alegam, inclusive, a aplicação da responsabilidade objetiva, nessa matéria, como regra. Mas existe corrente em sentido contrário que defende o pensamento de que não obstante o artigo 14, do CDC, prever a responsabilidade independentemente da existência de culpa, o próprio texto, permite a inversão do ônus da prova a favor do consumidor, como forma de equilíbrio processual, princípio consagrado no inciso VIII do artigo 6º do CDC.

#### **18.1.5. Responsabilidade Civil do Estado**

Em consonância com o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição da República, caberá ao Estado a responsabilidade civil objetiva, seja por seus agentes seja por delegação, quando causar danos aos seus administrados por ação e por omissão, direta ou indiretamente.

#### **18.2. Responsabilidade Criminal**

Em regra, os crimes podem ser praticados por qualquer pessoa, classificados, assim, como crimes impróprios. Mas existem, ainda, os crimes próprios, que se consubstanciam na espécie de crimes em que se exige do autor uma condição particular ou uma qualidade pessoal.

Assim, são crimes próprios aqueles em que a autoria material é restrita a certas categorias profissionais, tais como médicos, farmacêuticos, enfermeiros, entre outros, como também outras infrações, que poderão ser aplicadas às pessoas que não apresentam conhecimentos de medicina, sejam previstas no Código Penal, em leis especiais, ou ainda, na Lei de Contravenções Penais (Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941).

Dessa feita, cumpre explicitar algumas dessas infrações penais, conforme se pode observar a seguir: crime de falsidade de atestado médico (art. 302 do CP); violação de segredo profissional (art. 154 do CP), ilícitos penais quanto à remoção de

órgãos ou tecidos (arts. 14 a 19 da Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997); esterilização cirúrgica (art. 15, da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996); charlatanismo (art. 283 do CP), curandeirismo (art. 284, do CP), omissão de notificação de doença (art. 269 do CP), prescrição desnecessária de entorpecentes (art. 15, da Lei nº 6.368, de 21/10/1976); exercício ilegal de profissão (arts. 205 e 283 do CP, e art. 47 da Lei de Contravenções Penais, entre outros).

Cumprе ressaltar, por oportuno, que os profissionais da saúde, assim como em qualquer profissão, assumem riscos ao exercê-la. Por sua vez, o Direito Penal se preocupa com a conduta imprudente, negligente ou imperita, punindo o agente que se enquadrar na conduta tipificada, seja por dolo ou culpa.

## 19. Conclusão

O tema bioética tem avançado com o decorrer do tempo, passando a ser considerado como biodireito, em virtude da positivação no ordenamento jurídico. Mesmo assim, a sua denominação é diferente entre os variados Estados estrangeiros.

Por seu turno, o direito comparado tem consagrado a vida como o primeiro direito da pessoa humana. Como um dos consectários desse direito, surge o direito à preservação da saúde, por isso a relevância do constitucionalismo atual.

Durante o século XX, aconteceram fatos mundiais que abalaram o plano internacional, como: as duas Grandes Guerras Mundiais; as atrocidades realizadas nos campos de concentração nazista, inclusive os abusos genéticos, expressões do programa nazista de melhoria da raça ariana.

Dessa feita, em face da crise ética internacional, reiniciou-se a discussão a respeito dos avanços das pesquisas biológicas, procurando-se estabelecer limites éticos pela inserção de valores morais na ordem jurídica.

As inovações nessa temática, trazidas pela tecnologia aplicável à Medicina, têm causado uma verdadeira revolução biológica - a exemplo da recente descoberta do mapa genético do câncer de cólon e de mama - e motivado estudos complexos da matéria, o que desenvolveu, por conseguinte, a genética, sob o enfoque do reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

As pesquisas biológicas incentivaram preocupações diversas, versando sobre uma multiplicidade temática, como o aborto, a eutanásia, os transplantes, os fenômenos da transexualidade, os direitos de embrião e o que mais se ofereça.

Assim, a evolução da Medicina pelos descobrimentos biológicos tem provocado mudanças legislativas significantes, refletindo, inclusive, no avanço da jurisprudência e na doutrina, também consideradas fontes clássicas do Direito.



Dessa forma, é possível encontrar uma diversidade de ordenamentos jurídicos entre os países, com a sua evolução própria, muitas vezes influenciada pelos costumes, crenças religiosas, entre outros fatores.

A Constituição da República de 1988 consagrou, na redação do artigo 1º, o Estado Democrático de Direito, centrado não mais na legalidade, e, sim, na legitimidade, apresentando como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, ínsita no inciso III do mesmo dispositivo constitucional. Por consequência, o princípio da dignidade da pessoa humana, na qualidade de princípio democrático, recebeu primazia, no sentido de que passou a ser um direito fundamental do homem. Assim, não basta que o homem tenha a vida: torna-se imperioso que essa vida também seja digna de um ser humano.

Partindo desses alicerces, foi também implantada no ordenamento jurídico pátrio a Teoria dos Direitos da Personalidade, amplamente consagrada pelo Diploma Civil vigente desde 2002. Por sua vez, o Biodireito, com respaldo nessa teoria, apresenta como um de seus objetivos a proteção transnacional dos direitos humanos em torno de vários temas, a saber: o direito à proteção ao corpo vivo ou morto; os direitos da mulher; o direito à procriação; o direito sobre o corpo humano; o direito à informação genética, entre outros.

Em diversos dispositivos, o aludido Diploma Civil buscou normatizar distintos temas médicos, analisando, por exemplo, os transplantes ou estudos científicos após a morte (art. 14). Deve ser ressaltado, por oportuno que o Código Civil brasileiro enfocou, com muita cautela, esse desenvolvimento biológico, genético ou terapêutico.

E, por fim, importa esclarecer que o tema “Biodireito” ainda se encontra em estado de aridez, tendo em vista que a legislação temática apresenta muitas lacunas, provocadoras de indagações para as quais ainda não foi possível ao estudioso da matéria encontrar uma solução, plena de certeza, fundada nos princípios que a alicerçam. Acredita-se que o avanço da Medicina, à luz da orientação jurídica, irá contribuir sobremaneira para a qualidade de vida do homem, sendo um marco, assim, na conquista do conhecimento, espalhando luz no caminho da Humanidade.

## 20. Bibliografia

ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Direitos Humanos e Não-Violência*. São Paulo, Atlas, 2001.

BARBOSA, Juliana Aparecida dos Santos. *Clonagem Humana e suas Implicações*. São Paulo: Lawbook, 2004.

BRASIL. *Código Civil - Lei nº 10.406/02*. 57. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Atualizada até a EC nº 52, de 8/3/2006. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Código Penal - DL 2.848/1940*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Lei nº 8.078/90. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. v. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS DOS POVOS - 1981 In: COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação História dos Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 400 e segs.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS: Pacto de San José da Costa Rica - 1964. In: RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 477 e segs.

CONVENÇÃO DE GENEBRA - Genebra, 1864. In: COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação História dos Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 171-172.

CONVENÇÃO PARA A MELHORIA DA SORTE DOS FERIDOS E ENFERMOS NOS EXÉRCITOS EM CAMPANHA - Genebra, 1929.

CONVENÇÃO DE GENEBRA I - Convenção de Genebra para Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos nos Exércitos em Campanha - Genebra, 1949.

CONVENÇÃO DE GENEBRA II - Convenção de Genebra para a Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar - Genebra, 1949.

CONVENÇÃO EUROPÉIA SOBRE BIOÉTICA - 1996.

CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA - RIO DE JANEIRO, 1992. In: RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 512 e segs.

D'AGOSTINO, Francesco. *Bioética Segundo o Enfoque da Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 1998. Tradução: Luisa Raboline.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. In: RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 431 e segs.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM - 1948. In: RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 436 e segs.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do Biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Código Civil Anotado*. Lei nº 10.406/02. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FABRIZ, Daurý César. *Bioética e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAGLIANO, Paulo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Código Civil: Parte Geral*, V. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUERRA, Arthur Magno e Silva (Coord.). *Biodireito e Bioética: Uma Introdução Crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

LANA, Roberto Lauro; FIGUEIREDO, Antônio Macedo (Coord.). *Temas de Direito Médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e CAMPOS, Diogo Leite de (Coord.). *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENEZES, Wagner (Coord.). *Direito Internacional no Cenário Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Ó CATÃO, Marconi do. *Biodireito: Transplante de Órgãos Humanos e Direitos de Personalidade*. São Paulo: WVC, 2004.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS - 1966. In: RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 462 e segs.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. In: RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 453 e segs.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios de Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial*. v. 4. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. *Biodireito: Alimentos Transgênicos*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 34. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.



# A RELATIVIZAÇÃO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO IMPLICA O AFASTAMENTO DA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO?

Clarisse Faria

Técnica Judiciária da 24ª Vara Federal

## RESUMO

A relativização da imunidade de jurisdição e a viabilidade de execução de sentença contra Estado estrangeiro, e sua evolução histórica.

## PALAVRAS-CHAVE

Relativização, Imunidade, Jurisdição, Execução

## SUMÁRIO

1. Introdução 2. Desenvolvimento Histórico 3. Da Execução do Julgado após a Relativização da Imunidade de Jurisdição 4. Conclusão 5. Bibliografia

## 1. Introdução

Reflexos da soberania estatal, as Imunidades de Jurisdição e de Execução preservam um Estado estrangeiro a se submeter ao sistema jurisdicional de outro Estado com o qual possua relações jurídicas, preservando, também, seu patrimônio. Tratam-se de princípios subsidiários aos princípios da liberdade e igualdade entre Estados, norteadores do Direito Internacional Público. Cada Estado goza de autonomia e liberdade de se autodeterminar, sem interferências e sujeições externas.

Os princípios da igualdade e da soberania encontram-se positivados na Carta da OEA, no art. 3º, inciso “b”: “A ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados [...]”. Há também disposição na Resolução da Assembléia Geral da ONU sobre as relações amigáveis e a cooperação entre os Estados, na Carta das Nações Unidas (1970): “O princípio de igualdade soberana dos Estados [...] em particular, a igualdade soberana compreende os elementos seguintes: a) os Estados são juridicamente iguais; b) cada Estado goza dos direitos inerentes à plena soberania [...]”

E há também registro na ata final da conferência sobre segurança e a cooperação da Europa (Helsinque, 1975), que assim dispõe:

I. Igualdade soberana, respeito dos direitos inerentes à soberania. Os Estados participantes respeitam mutuamente sua igualdade soberana e sua individualidade, bem como todos os direitos inerentes à sua soberania e, nesta englobados em particular, o direito de cada Estado à igualdade jurídica, à integridade territorial, à liberdade e à independência política. Respeitam também o direito de cada um deles, de escolher e desenvolver livremente seu sistema político, social, econômico e cultural, bem como aquele de determinar suas leis e seus regulamentos.

O objetivo deste artigo é trabalhar a questão da vinculação da Imunidade de Execução à Imunidade de Jurisdição.

## 2. Desenvolvimento Histórico

A princípio, cumpre traçar um esboço da evolução histórica da Imunidade de Jurisdição. Em um primeiro momento, nem se cogitava em Imunidade de Execução, uma vez que a Imunidade de Jurisdição era um princípio absoluto, ou seja, a aplicabilidade da jurisdição de Estado estrangeiro dependia de condição, qual seja, a aceitação do Estado-parte. Formava-se a relação processual, mas esta somente se consumaria mediante a subordinação voluntária do Estado-parte. Este não poderia ser tratado como mais um súdito-cidadão, já que era revestido de soberania e *jus imperii* próprios. Vigorava, então, o princípio *par in parem non habet judicium* (“um igual não tem jurisdição sobre outro igual”).

Após a 1ª Grande Guerra, vem o Código de Bustamante, em 1928, que se limita sobre a imunidade entre Estados, nos artigos 333 a 339. Destaco o artigo 333 por ser o mais elucidativo:

Art. 333 - Os juízes e tribunais de cada Estado contratante serão incompetentes para conhecer dos assuntos cíveis ou comerciais em que sejam parte demandada os demais Estados contratantes ou seus Chefes, se se trata de uma ação pessoal, salvo no caso de submissão expressa ou de pedido de reconvenção.

A Convenção de Viena de 1961, no artigo 61, enuncia o Princípio da Imunidade de Jurisdição, de forma absoluta. Todavia, não há nenhuma previsão sobre Imunidade Estatal à jurisdição local, uma vez que o objetivo dessa Convenção não foi beneficiar indivíduos, mas entes públicos soberanos.

Entre nós, Clóvis Beviláqua foi o mais profícuo tratadista da matéria à época da aplicação do conceito da Imunidade Absoluta de Jurisdição, ao expressar que:



A nossa Constituição Federal, sendo organização político-jurídica de um povo, não traça regras obrigatórias para outros povos. Assim, quando determinada que aos juizes e tribunais compete processar e julgar os pleitos entre Estados estrangeiros e cidadãos brasileiros, pressupõe a aquiescência desses Estados em aceitar a Jurisdição dos nossos tribunais. (BEVILÁQUA, 1923, p. 263)

A Bélgica foi a pioneira na relativização do princípio da Imunidade de Jurisdição. Desde 1878 já negava o direito à imunidade quando o Estado litigante agisse despido de seu *jus imperii*, no mesmo patamar da pessoa privada. Já possuía entendimento que, a despeito das dificuldades de se executar o título contra o Estado estrangeiro, o julgado tinha o seu valor, ainda como uma afirmação da soberania do Estado julgador.

Em 16 de maio de 1972, na Basiléia, surge a primeira Convenção Multilateral, reguladora da matéria, entre Estados soberanos europeus, na qual se dispunha sobre Imunidade Restrita, denominada de “Execução Recíproca de Julgamentos”, aplicada nas ações decorrentes de contratos de trabalho celebrados e executados *in loco*.

Em 1976, os Estados Unidos da América aboliram a Imunidade de Jurisdição nos feitos relacionados a danos civis, no chamado “Foreign Sovereign Immunities Act”. Em 1978, foi a vez da Grã-Bretanha pronunciar-se sobre o assunto, relativizando o Princípio da Imunidade de Jurisdição no “State Immunity Act”.

Entre nós, o Princípio da Imunidade de Jurisdição passou a ser relativizado em 1989, quando em Apelação Cível o STF foi instado a decidir causa trabalhista contra a República Democrática Alemã, no *leading case* da lavra do Ministro Francisco Rezek, publicado na RTJ nº 133/159, p.167, no qual decidiu-se que, nas relações de índole privada, quando o Estado despojava-se de seu *jus imperii* e se nivelava no mesmo patamar da pessoa de direito privado, em ato de *jure gestiones*, como nas ações trabalhistas, imobiliárias e indenizatórias, o Estado anfitrião poderia relativizar a Imunidade de Jurisdição, resolvendo a lide. Vejamos:

Independente da questão de saber se há hoje maioria numérica de países adotantes da regra da Imunidade Absoluta, ou daquela imunidade limitada - que prevalece na Europa Ocidental e que já tem fustigado, ali, algumas representações brasileiras -, uma coisa é certíssima: não podemos mais, neste Plenário, dizer que há uma sólida regra de Direito Internacional Costumeiro [...] (REZEK, 1991, p. 167).

O silêncio, puro e simples, importa, até hoje, recusa à Jurisdição alheia (RTJ nº 104/990, AC 9.684).

### 3. Da Execução do Julgado após a Relativização da Imunidade de Jurisdição

Todavia, relativizada a Imunidade de Jurisdição nos casos de *jure gestiones*, outra questão se impõe: como executar? A Convenção de Viena e os Costumes Internacionais dispõem que os bens das Embaixadas e Consulados são impenhoráveis. A regra é justa e não deve ser afastada. Os territórios consulares são extensões do próprio território do Estado estrangeiro.

Exato. Mas como conferir efetividade às decisões, após afastada a Imunidade de Jurisdição, ou mesmo aceita voluntariamente a Jurisdição alheia?

A Justiça do Trabalho, pioneira no tratamento da matéria, vem entendendo pela penhora da conta corrente aberta em nosso território. Trago à colação decisão de Agravo da 9ª Vara do Trabalho de Pernambuco, 2ª Turma, cujo relator foi o Juiz André Genn de Assunção Barros, no Processo nº TRT 01508-2000-009-06-00-8, publicado no DOE em 1º/7/2005:

[...] Dentro da concepção de ser relativa a imunidade de execução, situa Pinho Pedreira como exceção à regra de imunidade, justamente, a penhora, em ação trabalhista, sobre conta corrente mantida por Estado estrangeiro em instituição bancária no Estado do foro, destinada ao pagamento de pessoal.

[...] É evidente que, notadamente em relação ao estado estrangeiro, vários bens serão afastados da possibilidade de penhora, em respeito à sua própria soberania. Tal fato, no entanto, não implica na impossibilidade da execução, em busca de bens passíveis de sujeição à contrição judicial.

.....  
Neste quadro, tenho que em tendo sido afastada a idéia de imunidade de jurisdição, pela concepção de que o ato em exame judicial refere-se à atividade no campo privado, só há cabimento à invocação da imunidade de execução no tocante à discussão quanto aos bens que podem ser penhorados para a garantia do cumprimento da decisão, e não a impedir o prosseguimento do processo de execução. [...]

No entanto, o problema não se limita à alçada laboral. Nas ações indenizatórias, imobiliárias e nas hipóteses do art. 27, § 10º, da ADCT<sup>1</sup>, a competência é da Justiça Federal, conforme disposto no art. 109, II, da CF: “Aos juízes federais compete

---

1 Art. 27, § 10º, ADCT: “Compete a Justiça Federal julgar as ações nela propostas até a data da promulgação da Constituição, e aos Tribunais Regionais Federais bem como ao Superior Tribunal de Justiça julgar as ações rescisórias das decisões até então proferidas pela Justiça Federal, inclusive daquelas cuja matéria tenha passado à competência de outro ramo do Judiciário”

processar e julgar: II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País.”

A solução nem sempre é tão pragmática. Há dois posicionamentos. De um lado, há o entendimento de tratar-se a Imunidade de Execução desvinculada da Imunidade de Jurisdição, no sentido de que, relativizada a Imunidade de Jurisdição, haveria necessidade de aceitação do Estado-parte para relativizar sua Imunidade à Execução. Dependia de dois atos de vontade do Estado-parte. O julgado dependeria, para se efetivar, da condição suspensiva da aceitação voluntária de subordinação do Estado estrangeiro.

Há de se reconhecer que as imunidades são mesmo distintas. Até porque poderá haver execução de título extrajudicial sem a necessidade de se enfrentar a questão da Jurisdição. Contudo, essa posição não parece fazer muito sentido, uma vez que, se o Estado-parte se subordina voluntariamente, não há nem mesmo de se falar em Execução, mas sim em “realização espontânea do julgado”.

Já na alçada trabalhista, a tendência é vincular a possibilidade de executar à possibilidade de julgar. Ou seja, esta sem aquela é inútil, ineficaz, dispicienda. Uma não se concretiza sem a outra. Relativizar a Imunidade de Jurisdição sem fazê-lo quanto à Imunidade de Execução seria transformar o órgão jurisdicional em órgão meramente consultivo. Na prática, a situação, apesar de teratológica, é até bastante familiar e recorrente, como nos casos de procedência em Mandados de Injunção e em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Ademais, a questão não se limita somente à efetividade do julgado, mas, não menos relevante (ou talvez até mais importante), engloba a questão da soberania: o poder de o Estado-juiz fazer cumprir suas determinações judiciais contra o Estado-parte, como uma realização de seu Poder Jurisdicional. Ou seja: poder tratar de seus assuntos domésticos como melhor lhe convém, sem subordinar-se ao alvedrio do Estado estrangeiro, respeitando-se, todavia, as regras costumeiras de Direito Internacional, tal como a impenhorabilidade dos bens consulares, como extensão da soberania e território alheios.

Hoje em dia, entende-se que as Imunidades são relativas, e distintas, via de regra, tornando-se obrigatória e excepcionalmente a Imunidade de Execução quando o Estado estrangeiro possuir bens estranhos quanto à sua destinação ou utilização, às legações diplomáticas ou às representações consulares por ele mantidas em nosso país.

Trago à ilustração o seguinte julgado do STF, RE (AgRg) nº 222.368-PE, da lavra do Ministro Celso de Mello, publicado em 30/04/2002, nos Informativos do STF nº 259 e 266. Vejamos:

É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal, tratando-se da questão pertinente à Imunidade de Execução (matéria que não se confunde com o tema concernente à Imunidade de Jurisdição ora em exame), continua, quanto a ela (Imunidade de Execução), a entendê-la como sendo prerrogativa institucional de caráter mais abrangente, ressalvadas as hipóteses excepcionais: (a) de renúncia, por parte do Estado estrangeiro, à prerrogativa da intangibilidade dos seus próprios bens (RTJ 167/761, Rel. Min. Ilmar Galvão - ACOR 543-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), ou, (b) de existência, em território brasileiro, de bens, que, embora pertencentes ao Estado estrangeiro, sejam estranhos quanto à sua destinação ou utilização, às legações diplomáticas ou representações consulares por ele mantidas em nosso país. Cabe referir, neste ponto, a propósito da questão específica da Imunidade de Execução, o autorizado magistério de José Francisco Rezek (Direito Internacional Público, pp. 176-177, 7ª Edição, 1998, Saraiva): 'A execução forçada da eventual sentença condenatória, entretanto, só é possível na medida em que o Estado estrangeiro tenha, no âmbito espacial de nossa Jurisdição, bens estranhos à sua própria representação diplomática ou consular - visto que estes se encontram protegidos contra a penhora ou medida congênere pela inviolabilidade que lhes asseguram as Convenções de Viena de 1961 e 1963, estas seguramente não derogadas por qualquer norma ulterior. [...]

#### 4. Conclusão

Superada a questão da Relativização da Imunidade de Jurisdição, subsiste a indagação quanto à obrigatoriedade de se relativizar a Imunidade de Execução, nos casos de relativização da Imunidade de Jurisdição ou mesmo de sua subordinação voluntária.

Temos dois posicionamentos. De um lado, há o entendimento de que, relativizada a Imunidade de Jurisdição, persistiria a necessidade de subordinação voluntária do Estado-parte para se fazer executar o julgado, fato que nem sempre tornaria o decisor sem eficácia, uma vez que poderia haver a concretização espontânea do julgado.

Essa posição soa paradoxal, já que, se o Estado-parte subordina-se voluntariamente ao cumprimento da decisão, não há nem mesmo que se falar em Execução, mas, sim, em realização espontânea do julgado.

Do outro lado, temos entendimento aplicado amiúde no âmbito da Justiça Laboral, no qual a relativização da Imunidade de Jurisdição implica, obrigatória e incondicionalmente, a possibilidade de executar, sob pena de se tornar o ato jurisdicional desprovido de efetividade.

## 5. Bibliografia

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Pareceres II*. 1923.

DA SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. *O Caráter Restritivo da Imunidade de Jurisdição do Estado Estrangeiro*. Revista Trabalho e Doutrina, São Paulo, Saraiva, mar. 1996.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIER E VERÔNICA (Coord.). *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

MATTOS, Adherbal Meira. *Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito Internacional Público* (1º e 2º volumes). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional Internacional na Constituição de 1988. Contexto Internacional, n. 8, p. 9-21, *Revista Semestral do Instituto de Relações Internacionais*, PUC/RJ, jul.-dez. 1988.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 1991.

SOARES, Guido Fernando da Silva. *Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais: Formas da Diplomacia e as Imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.



# BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE PATERNIDADE EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

Márcia Machado Santos Gimenes

Técnica Judiciária da 3ª Vara Federal de Execução Fiscal

## RESUMO

Diante da complexidade de situações existenciais que envolvem as relações jurídicas e de afeto entre pais e filhos, objetivou-se, no presente trabalho, suscitar algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca da paternidade e da filiação, conferindo-se especial atenção às questões referentes aos direitos da personalidade e aos meios processuais utilizados para a tutela das relações de parentesco e consangüinidade.

Através, portanto, de uma breve análise dos critérios utilizados para a definição da paternidade em nosso ordenamento jurídico (biológico e socioafetivo), buscou-se questionar o papel do Direito na apreensão de conceitos ínsitos à própria condição humana e cujos reflexos se estendem aos mais variados ramos da ciência jurídica.

## PALAVRAS-CHAVE

Paternidade. Filiação. Direitos da Personalidade. Aspectos controvertidos.

## SUMÁRIO

1. Introdução 2. Família: relações de parentesco e filiação sob a ótica dos direitos da personalidade 3. A presunção legal da paternidade biológica e a paternidade socioafetiva. As demandas negatória e investigatória de paternidade. Reflexos do direito das obrigações, da responsabilidade civil e do direito sucessório. 4. Conclusões 5. Bibliografia

## 1. Introdução

O presente texto objetiva problematizar a temática da paternidade, em seus mais variados aspectos, através de uma breve análise do panorama constitucional e legislativo brasileiro acerca do estabelecimento do vínculo de filiação, diante da moderna visão do Direito Civil-Constitucional<sup>1</sup>.

Inserido, pois, em novos paradigmas - notadamente após o movimento de constitucionalização do Direito Civil -, o Direito de Família enfrenta, atualmente, o grande desafio de conceituar a paternidade, especialmente diante dos anseios das múltiplas

<sup>1</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo et al. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

famílias existentes, que, merecedoras de igual proteção do Estado, configuram-se a base da sociedade em nosso ordenamento jurídico<sup>2</sup>.

Tutelada e discutida em âmbito multidisciplinar, a paternidade envolve aspectos biológico-científicos, médico-psicológicos, filosóficos, culturais, religiosos, éticos, jurídicos e históricos, uma vez que, ao longo dos diferentes períodos por que passou a humanidade, uma única definição de pai não foi capaz de satisfazer a todas as necessidades humanas.

Além de estender efeitos nos campos pessoal e social, a paternidade produz efeitos na órbita das relações econômico-patrimoniais, tanto obrigacionais - como o dever de prestar alimentos - quanto para a seara da responsabilidade civil e do direito sucessório, influenciando, para tanto, qual o conceito de paternidade adotado em nosso sistema jurídico.

Através, portanto, das diversas facetas pelas quais podemos enxergar a paternidade, pode-se questionar se o Direito é capaz de abarcá-la em todos os seus mais variados aspectos, e, caso o Direito consiga exercer esse mister, pode-se ainda perquirir se a questão da paternidade se configuraria uma questão jurídica atinente ao direito positivo ou ao direito natural, uma vez que seus conceitos envolvem todos os aspectos da vida humana, como adiante se verá.

## 2. Família: relações de parentesco e filiação sob a ótica dos direitos da personalidade

Envolvendo questões inerentes à própria condição de pessoa - núcleo do Direito Civil - a paternidade é protegida pelo Direito através da presunção legal de paternidade<sup>3</sup> e, em especial, pelas vias da demanda negatória de paternidade<sup>4</sup> - diante da

---

<sup>2</sup> Art. 226, CRFB, *verbis*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Acerca do tema, ver TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999 apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional*. In TEPEDINO, Gustavo. *op. cit.*, p. 515-546.

<sup>3</sup> Art. 1.597, CC/02, *verbis*: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga; havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

<sup>4</sup> Art. 1.601, CC/02, *verbis*: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”. Há ainda outros meios de tutela conferidos, pelo ordenamento jurídico, tendo como objetivo a proteção da filiação. Pela via judicial, isso ocorre através das demandas conhecidas como “*ação contestatória de paternidade*”, que seria, para muitos, sinônimo da negatória de paternidade - não havendo unanimidade em doutrina acerca do tema; pela “*ação de prova de filiação*” (art. 1.606, CC/02, que, segundo VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 6. ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 227/278, seria de titularidade exclusiva do filho, havendo projeto de lei - nº 6.960 - no sentido de que a legitimidade ativa fosse também deferida a pai e mãe; ver, ainda, arts. 350 e 351 do CC/16) e a via da investigatória de paternidade. Pode também ser estabelecida a filiação através do reconhecimento exercitado pelo pai voluntariamente, nos termos do art. 1.607 do CC/02, ou quando a mãe declara, perante o Registro Civil, o nome do pai da criança - averiguação oficiosa de paternidade, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.560/92. O reconhecimento pode operar, ainda, de forma forçada, consoante o disposto no art. 355 do CC/16, no art. 1.616 do CC/02 e na Lei nº 8.560/92, no art. 1º, em especial (que consistiria, em verdade, na demanda investigatória de paternidade), a teor do art. 27 da Lei nº 8.069/90 (ECA). Em relação à maternidade, também pode ser utilizada a via da ação - por exemplo, vale mencionar a ação negatória de maternidade - sendo, contudo, mais escassa sua utilização, uma vez que a mãe é considerada sempre certa, em razão da presunção “*mater sempre certa est*”. Em regra, pois, há notoriedade da gestação, e, desta forma, seu manejo geralmente ocorre quando verificados problemas relativos a uma eventual troca de bebês na maternidade ou erro e falsidade do registro (arts. 241 a 243 do CP).



constante busca do indivíduo pela certeza de sua perpetuação genética - e da demanda investigatória de paternidade<sup>5</sup> -, por envolver discussão acerca do direito à origem e à identidade do indivíduo. No âmbito penal, sua relevância ainda pôde ser evidenciada, por muito tempo, mediante a criminalização do adultério, cuja *abolitio criminis* somente ocorreu com o advento da Lei nº 11.106, de 2005<sup>6</sup>.

Antes da entrada em vigor da Constituição da República de 1988, a filiação<sup>7</sup> somente era reconhecida para os filhos havidos na constância do matrimônio (filiação legítima)<sup>8</sup>, admitindo o legislador a presunção relativa “*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*”<sup>9</sup>.

No particular, portanto, era no seio da família<sup>10</sup> que se constituía a relação de paternidade<sup>11</sup>. Essa visão, todavia, hoje não pode mais ser aceita, diante da previsão

---

<sup>5</sup> Art. 1.615 do CC/16, *verbis*: “Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade ou maternidade”.

<sup>6</sup> Artigo 240 do Código Penal, *verbis*: “Cometer adultério”. A conduta esteve tipificada em nosso ordenamento jurídico positivo até a edição da Lei nº 11.106/2005 (art. 5º), que revogou expressamente esse artigo. Antes, havia grande discussão doutrinária acerca da possibilidade do desuso da norma ser capaz de lhe retirar a validade, em especial diante do princípio da reserva legal - não há crime sem lei anterior que o defina. O legislador, então, acabou por revogar a norma penal incriminadora do adultério em decorrência da subsidiariedade e da fragmentariedade características do Direito Penal, bem como em virtude do desuso da norma.

<sup>7</sup> Relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta que liga uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se a tivessem gerado, criando efeitos para o mundo do direito, do que decorre a importância de sua verificação (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Volume 6. 27ª ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei nº 10.406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 321). Há de se mencionar, ainda, que os conceitos de parentesco (civil e natural) e de consanguinidade não encontram unanimidade em doutrina e jurisprudência, uma vez que, em algumas situações específicas, como nos casos de barriga de aluguel ou de cessão de ventre, mesmo para a definição da filiação materna, os termos, por vezes, são utilizados em diferentes acepções.

<sup>8</sup> A legitimação da filiação operava automaticamente, por força do casamento, nos termos dos artigos 352 e 354 do CC/16, e hoje não possui mais qualquer significado diante do atual ordenamento constitucional. (RODRIGUES, *idem*, p. 337-338).

<sup>9</sup> A presunção, a presunção de paternidade somente podia ser afastada pelo pai, único legitimado ativo, mediante a utilização de provas das circunstâncias mencionadas na lei, especialmente os artigos 340 e 341 do CC/16, no prazo contido no art. 178, parágrafos 3º e 4º, CC/16, após a desconstituição do registro civil (art. 348 do CC/16) - RODRIGUES, *idem*, p. 323 e 325. Tais exigências hoje se mostram incompatíveis com o disposto no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), conforme será demonstrado adiante, não obstante exista projeto de lei tendente a recriar prazo para a ação do pai que contesta a paternidade do filho havido de sua esposa e das hipóteses em que a jurisprudência determina, ainda, a aplicação do prazo decadencial para as demandas desconstitutivas de filiação sem que haja um correspondente e novo estabelecimento de relação de filiação (VENCESLAU, Rose Melo. Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et alli. *Diálogos sobre direito civil*: construindo uma racionalidade contemporânea. Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p. 383-384).

<sup>10</sup> Confira, acerca dos princípios aplicáveis ao Direito de Família, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida*: Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *op. cit.* p. 521-523.

<sup>11</sup> O reconhecimento de filhos ilegítimos somente foi previsto pela Lei nº 883/49 (art. 1º: “Dissolvida a sociedade conjugal será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se declare filiação”). A partir desse momento, passou-se a admitir o reconhecimento da paternidade independentemente da demanda negatória de paternidade. Hoje, contudo, há ampla legitimidade ativa e passiva (art. 1.615 do CC/02) para se perquirir acerca da paternidade, consoante entendimento jurisprudencial dominante, que será citado adiante.

constitucional de isonomia entre os filhos<sup>12</sup> - havidos ou não do matrimônio e adotivos<sup>13</sup> - e da multiplicidade de famílias amparadas pelo ordenamento jurídico.

No entender de Perlingieri<sup>14</sup>, a família, valor constitucionalmente garantido, é o local onde se desenvolve a pessoa, e existe em função das realizações das exigências humanas. Nesse esteio, pode-se afirmar que o tema dos direitos fundamentais, na família<sup>15</sup>, concerne aos direitos do homem como tal (*status personae*). A personalidade, mais do que um direito, seria um valor, que demanda incessante e mutável tutela por estar na base de uma série aberta de situações existenciais.

Portanto, ser ou considerar-se pai, ou filho, integra diversos aspectos de nossa personalidade, tanto no tocante às relações afetivas quanto, especialmente, em relação à identidade e à origem da própria condição humana, abrangendo aspectos físicos, biológicos, culturais, psicológicos e até mesmo religiosos, pois grande parte das religiões sempre busca em uma figura paterna - o “pai” - o centro de sua liturgia.

Os direitos da personalidade<sup>16</sup>, embora não possuam uniformidade no tocante à existência, conceituação, natureza e âmbito de incidência, podem ser tidos como “direitos subjetivos que têm como objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”<sup>17</sup>. É imperioso mencionar que a personalidade humana se realiza também por meio de direitos potestativos, poderes jurídicos, pretensões, faculdades, ônus e estados<sup>18</sup>.

Sendo inatos, absolutos, relativamente indisponíveis<sup>19</sup>, impenhoráveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e intransmissíveis, a discussão acerca dos direitos decorrentes do “ser” humano remonta aos primórdios da civilização e, assim como os diversos conceitos de pai, os direitos da personalidade se alteraram ao longo dos séculos, sofrendo reflexos

---

<sup>12</sup> Em virtude da plena igualdade existente entre os filhos (art. 1.596, CC/02), hoje é amplamente deferida a ação de prova de filiação, nos termos do art. 1.606 do CC/02. Está revogado, portanto, desde o advento da CRFB/88, o artigo 366 do CC/16, que discriminava os filhos adulterinos mesmo após o seu reconhecimento, obtido pela via da demanda investigatória de paternidade.

<sup>13</sup> Art. 227, § 6º, CRFB/88. A adoção é a forma de parentesco civil capaz de conferir ao adotado o status de filho do adotante, conforme o art. 41 da Lei nº 8.069/90 e o art. 1.626 do CC/02.

<sup>14</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 1ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 243-273.

<sup>15</sup> Sobre a diversidade das famílias existentes ao longo do tempo, vide SOARES, Sônia Barroso Brandão. *Famílias Monoparentais: Aspectos polêmicos*. In: TEPEDINO, Gustavo et al. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar: 2000. p. 547-577.

<sup>16</sup> Os direitos da personalidade foram codificados em capítulo próprio no Código Civil (Lei nº 10.406/2002 - Livro I - Das pessoas, Capítulo II - Dos Direitos da Personalidade, artigos 11 a 21). Encontram guarida, ainda, em inúmeros dispositivos de nossa Constituição (art. 1º, III, V; 3º, I, IV; 5º, *caput*, I, X, XXVII, XXVIII, e 226 a 230, CRFB) e em documentos internacionais sobre direitos humanos fundamentais, tomando-se como exemplo, a Declaração Universal das Nações Unidas de 1948 (artigos 12, 16 e 25, consoante o disposto no art. 5º, §§ 2º e 3º, da CRFB/88).

<sup>17</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 237.

<sup>18</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 33.

<sup>19</sup> Enunciado nº 4 da Jornada de Direito Civil: “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

da clássica distinção entre o direito natural e o direito positivo (princípio do dualismo das fontes, advindo da Grécia) do desenvolvimento do Cristianismo, além de ter sofrido inúmeras influências do Direito Romano (que previa a *actio iniuriarum*, tendo em vista a proteção jurídica da pessoa e seus aspectos essenciais da personalidade<sup>20</sup> )<sup>21</sup>.

Em nosso ordenamento jurídico, o bem jurídico personalidade encontra amparo constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana - núcleo fundamental dos direitos da personalidade - em decorrência da garantia constitucional do direito à vida. O art. 1º, III <sup>22</sup>, da CRFB/88 funcionaria, assim, como cláusula geral de proteção aos direitos da personalidade.

Vê-se, portanto, que os conceitos de pai e filho - e os estados daí decorrentes<sup>23</sup> - não são neutros ao Direito, e cada ordem jurídica propõe diferentes figuras de pai.

Nessa seara, então, cabe a discussão se a paternidade seria conceito afeto ao direito positivo<sup>24</sup> - incumbindo ao legislador determinar entre que pessoas irá se estabelecer a relação de filiação, mediante o estabelecimento da paternidade por presunções legais - ou se esta tarefa caberia ao direito natural.

O estado de filho pode surgir de variadas espécies de relacionamentos humanos, mesmo aquelas não contempladas ou permitidas pelo ordenamento positivo, e que, em realidade, fariam surgir um pai sob a ótica do direito natural. Exemplo disso seria a paternidade estabelecida com pessoas legalmente impedidas de assumir a condição de pai, como o avô, a quem é vedada, pela lei, a possibilidade da adoção<sup>25</sup>.

Nesse esteio, é pertinente questionar se o Direito é capaz de abarcar a variedade e complexidade das situações existenciais da vida humana, porque, por muitas

---

<sup>20</sup> AMARAL, Francisco. op. cit. p. 241-243.

<sup>21</sup> Contudo, sua sistematização foi atribuída à doutrina francesa e alemã, especialmente no século XIX (AMARAL, Francisco. op. cit., p. 242-245).

<sup>22</sup> “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]”.

<sup>23</sup> VENCESLAU, op. cit. p. 379 e 391.

<sup>24</sup> O tema da distinção entre o direito natural e o direito positivo toca à fundamentação e à justificação do Direito, havendo verdadeira dualidade de concepções filosóficas entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, cujo conhecimento é relevante para a compreensão do fenômeno jurídico. Tarefa assaz complicada seria discorrer sobre conceitos ou teorias acerca do tema, razão pela qual remete-se o leitor, para fins de um estudo mais apropriado à relevância do assunto, à bibliografia especializada (AMARAL, Francisco. op. cit. p. 42-51).

<sup>25</sup> Art. 42, § 1º, do ECA (Lei nº 8.069/90). A adoção é considerada por parte da doutrina como modalidade de assunção de paternidade. É necessário ressaltar, ainda, que embora a doutrina e a jurisprudência amplamente majoritárias vedem, de forma absoluta, a adoção por irmãos ou por ascendentes (em virtude de eventual tumulto gerado nas relações de parentesco entre as partes), há quem admita esta adoção, ao contornar-se a literalidade da lei, em prol do melhor interesse do adotando (BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Coordenadora. Obra coletiva. Autores: AMIN, Andréa Rodrigues et alli. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 213 e seguintes).

vezes, quem de fato exerce o mister de pai não pode ser reconhecido pelo ordenamento como tal, situação que pode, inclusive, ser prejudicial aos interesses<sup>26</sup> do “filho”<sup>27</sup>.

### 3. A presunção legal da paternidade biológica e a paternidade socioafetiva. As demandas negatória e investigatória de paternidade. Reflexos do direito das obrigações, da responsabilidade civil e do direito sucessório

A paternidade, como já dito, possui os mais diversos instrumentos jurídicos para sua tutela, pois os conflitos a ela pertinentes englobam os mais elevados bens, interesses e valores existentes em sociedade<sup>28</sup>. Afigura-se, pois, de grande relevância, a tentativa de apreender de que forma o nosso ordenamento jurídico confere meios, a pais e filhos, para a sua efetiva proteção.

Sob a égide das Codificações de 1916 e de 2002, permaneceu, em nosso ordenamento, a presunção de paternidade dos filhos havidos do casamento<sup>29</sup>, e, em regra, o estado de filho se estabelece por força dessa presunção legal<sup>30</sup>.

Em um primeiro momento, portanto, por força dessa presunção legal de paternidade dos filhos havidos do matrimônio, a filiação seria estabelecida através da própria declaração do pai<sup>31</sup>, ao proceder ao registro de nascimento perante o Registro Civil de Pessoas Naturais<sup>32</sup>.

Caso o filho fosse havido fora do casamento, o estabelecimento da filiação poderia tanto ocorrer por iniciativa do pai - reconhecimento voluntário da paternidade<sup>33</sup> - quanto através do reconhecimento forçado, pela via da ação judicial<sup>34</sup>.

---

<sup>26</sup> Acerca do tema, ver RODRIGUES, Silvio (op. cit. p. 361-365), em que o autor discorre sobre os efeitos sucessórios e obrigacionais deferidos pelo ordenamento jurídico aos filhos ditos, à época, “adulterinos” (denominação utilizada antes do advento da CRFB/88 e que possui nítido caráter discriminatório). Além disso, deve-se ter sempre em mente que caso haja interesses de crianças e adolescentes em jogo, para a solução de qualquer litígio deverão ser resguardados os princípios do melhor interesse (art. 227, CRFB), da proteção integral (art. 3º do ECA) e da prioridade absoluta (art. 4º do ECA) para as crianças e adolescentes.

<sup>27</sup> Por outro lado, não se poderia olvidar que há diversos interesses em conflito, dentre os quais podem ser mencionados: o direito de a pessoa conhecer sua origem genética; o direito de ter como pai o seu genitor, em razão da ligação consanguínea; o direito de o pai biológico não ver outrem como “pai” de sua prole; o direito de quem criou e educou ser reconhecido como pai, e que este não fosse deferido a um genitor ausente; o direito de todo ser humano possuir um pai, mesmo que não haja um genitor conhecido ou alguém com quem tenha relação de socioafetividade nos moldes até hoje reconhecidos, entre outras inesgotáveis hipóteses, haja vista a variedade das situações fáticas que podem ser encontradas no campo da filiação/paternidade.

<sup>28</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>29</sup> Ver artigos 1.597 e 1.598 do CC/02, e, ainda, o art. 338 do CC/16.

<sup>30</sup> VENCESLAU, op. cit. p. 382.

<sup>31</sup> Com o advento da Lei nº 8.560/92, abriu-se a possibilidade de a mãe declarar a paternidade perante o registro, nos termos do art. 2º.

<sup>32</sup> Lei nº 6.015/73 - que versa acerca de Registros Públicos.

<sup>33</sup> Exercido pelo pai, sem qualquer restrição legal, conforme artigos 1.607, 1.609 e 1.614 do CC/02, nos termos do art. 59 Lei nº 6.015/73. Sobre o tema, consultar a Lei nº 8560/92 e os artigos 357 e 362 do CC/16.

<sup>34</sup> Consiste em verdade em ação de estado, devendo funcionar o Ministério Público na função de *custos legis*, nos termos do art. 82, II, do CPC. Gustavo Tepedino, sob a ótica constitucional, entende que as ações de estado são expressão processual dos direitos da personalidade (apud VENCESLAU, op. cit. p. 385).

Diante do novo esteio axiológico da família<sup>35</sup>, portanto, a investigação de paternidade<sup>36</sup>, conjuntamente com a demanda negatória de paternidade<sup>37</sup>, pode ser citada como exemplo de demandas que visam a conferir tutela à filiação e à paternidade.

A teor do que vem decidindo a jurisprudência pátria, tais demandas são hoje consideradas “imprescritíveis”<sup>38 39</sup> - entendimento baseado no Enunciado da Súmula<sup>40</sup> de Jurisprudência Predominante do Egrégio Supremo Tribunal Federal de nº 149<sup>41 42</sup>.

Cumpra ser mencionado, contudo, que apesar de prevalecer em nosso ordenamento a determinação da paternidade com base na origem genética<sup>43</sup>, esta não se afigura como a única forma de paternidade possível.

Com o advento do exame de DNA<sup>44</sup>, foi reconhecida a relevância dessa prova pericial<sup>45</sup>, deferindo-se primazia<sup>46</sup> ao conceito de paternidade biológica, entendimento que

---

<sup>35</sup> Art. 226, CRFB.

<sup>36</sup> A demanda investigatória de paternidade foi prevista pela Lei nº 8.560/92 e hoje encontra-se regulamentada, ainda, pelo artigo 1.615 do CC/02 (antigo art. 365 do CC/16). Acerca do tema, SOARES, op. cit. p. 558-567.

<sup>37</sup> A demanda negatória de paternidade encontrava previsão no Código Civil de 1916 (art. 344), estando hoje disposta no art. 1.601 do CC/02.

<sup>38</sup> Agravo de Instrumento nº 2005.002.10431, Des. Ronald Valadares, Julgamento em 30/5/2006, Décima Sexta Câmara Cível; Apelação Cível nº 2005.001.44808, Des. Roberto Felinto, j. em 1º/2/2006, Segunda Câmara Cível. No STJ, REsp 139.590/SP, Rel.: Min. Castro Filho, Terceira Turma, j. 5/9/2002, DJ 3/2/2009.

<sup>39</sup> Em verdade, não há decadência, por ser direito potestativo do filho ver reconhecida a sua paternidade, cabendo ao pai apenas sujeitar-se aos efeitos dela decorrentes (notadamente o poder familiar - arts. 1.630 a 1.638 do CC/02), em razão da dignidade da pessoa humana. Por ser considerada a questão da paternidade como um direito da personalidade - categoria classificada, majoritariamente, como direito subjetivo - não se afigura contraditório que estejamos diante de verdadeira *potestas* do filho, uma vez que os direitos potestativos se inserem na classificação de direitos subjetivos em sentido amplo (divididos em potestativos e subjetivos em sentido estrito). Apesar de haver grande discussão em sede do Direito Civil, a teoria constitucional confere amplo tratamento a todos os direitos fundamentais, sendo viável, pois, a classificação do direito dos filhos ao reconhecimento de sua paternidade (origem e identidade) como direito subjetivo *lato sensu*.

<sup>40</sup> “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.”

<sup>41</sup> O STJ defende que seja ampla a legitimação ativa para a demanda que perquire acerca da filiação, conforme esposado no REsp 765.479/RJ, Rel.: Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 7/3/2006, DJ 24. 4.2006, p. 397; REsp 224.912/PR, Rel.: Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, j. 10/8/2004, DJ 17/12/2004.

<sup>42</sup> Segundo decidiu o STJ, prescinde-se de anterior cancelamento do registro civil, a teor do que decidiu o STJ no Resp nº 275.374/PR, Rel.: Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, j. 21/9/2004, DJ 13/12/2004, p. 361.

<sup>43</sup> A busca pela origem genética, em muitos casos, só seria satisfeita através de um exame científico que traria a certeza acerca do vínculo biológico. VENCESLAU, op. cit., p. 396

<sup>44</sup> Arts. 231 e 232 do CC/02.

<sup>45</sup> Cf. enunciado da Súmula nº 301 do STJ. É relevante mencionar, nesse ponto, a questão referente à ponderação de interesses existente entre a garantia da inviolabilidade do próprio corpo (caso do pai que se recusa a colher material para a realização do exame de DNA) e o princípio da dignidade da pessoa humana, que confere ao filho o direito de saber sua origem genética, ambos previstos pela Constituição Federal (arts. 1º, III; e 5º, CRFB/88). Nessa hipótese, há verdadeira colisão de interesses constitucionalmente garantidos, como se pode ver em LÔBO, Paulo Luiz Netto (Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 1.036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 24 ago. 2006) e em MARTINS, Marcus Vinícius Silva (Recusa à submissão a exame de DNA em processos de investigação de paternidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3987>>. Acesso em: 24 ago. 2006).

<sup>46</sup> Muitos doutrinadores situam a problemática da decisão sobre paternidade coberta pela coisa julgada e firmada antes da descoberta do DNA (em desconformidade com a verdade real) como hipótese de colisão entre a garantia constitucional da coisa julgada e o

prevalece no Superior Tribunal de Justiça<sup>47</sup> e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>48</sup>, privilegiando-se a verdade real<sup>49 50</sup>. Incumbiria, segundo esse entendimento<sup>51</sup>, ao pai biológico o dever de prestar alimentos<sup>52</sup> e de responder civilmente pelos atos de seu filho<sup>53</sup>, tendo o filho, por sua vez, direito à legítima de seu pai biológico<sup>54</sup>.

Em nosso ordenamento, também em virtude do desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida<sup>55</sup> (inseminação artificial heteróloga<sup>56</sup>), há o conceito de

---

princípio da dignidade da pessoa humana. A possibilidade de reconhecimento da existência/inexistência do vínculo de paternidade, com grau de 99,99% de certeza biológica, surgiu apenas com o exame de DNA, inexistente quando foi proferida aquela decisão, já transitada em julgado, conforme os fatos e provas disponíveis à época. Isso conduziria, segundo um entendimento, à relativização da *res judicata* diante do conflito existente entre a garantia constitucional da coisa julgada e o princípio da dignidade da pessoa humana. Há doutrinadores, ainda, que consideram essa sentença/acórdão como exemplo de coisa julgada inconstitucional, ou mesmo há quem advogue a tese da inexistência de coisa julgada nessas hipóteses, em razão de ter surgido diversa causa de pedir, qual seja, a certeza acerca da paternidade biológica, somente possível após a realização do exame de DNA. Enorme controvérsia doutrinária e jurisprudencial existe a esse respeito, havendo quem não admita a flexibilização da coisa julgada em nome da segurança jurídica. Por isso, remete-se o leitor à consulta de fontes específicas sobre o tema, que desperta especial atenção de doutrinadores civilistas, constitucionalistas e processualistas pátrios. Cf. BREGA FILHO, Vladimir (A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2185>. Acesso em: 24 ago. 2006) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia (O *Dogma da Coisa Julgada*: hipóteses de relativização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003).

<sup>47</sup> REsp nº 127.541/RS, Terceira Turma, Rel.: Min. Eduardo Ribeiro, j. 10/4/2000, apud VENCESLAU, 2002, p. 392.

<sup>48</sup> No STJ, REsp 263.243/RS, Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 18/12/2001, DJ 22/4/2002, p. 211.

No TJRJ, as Apelações Cíveis: nº 2006.001.25994, Des. Antônio Saldanha Palheiro, j. em 4/7/2006, Quinta Câmara Cível; nº 2006.001.07399, Des. Caetano Fonseca Costa, j. em 12/6/2006, Sétima Câmara Cível; nº 2006.001.14153, Des. José Mota Filho, j. 30/5/2006, Sétima Câmara Cível; nº 2006.001.04151, Des. Rudi Loewnkron, j. 23/5/2006, Décima Quarta Câmara Cível; nº 2005.001.08739, Des. Gilberto Dutra Moreira, j. 7/2/2006, Décima Segunda Câmara Cível.

<sup>49</sup> STJ, Resp nº 348.007/GO, Rel.: Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, j. 19/5/2005, DJ 1º.8.2005, p. 437.

<sup>50</sup> Este entendimento encontra fundamento, ainda, no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente - art. 227, CRFB, e Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

<sup>51</sup> A paternidade biológica, critério muitas vezes tido como absoluto na atualidade, não era assim considerado pelo Direito Romano, apesar da previsão da presunção *pater is est* contida no Digesto Romano. Em Roma a família significava o conjunto de pessoas mantidas sob o poder de um chefe, o Pater Familias, cujos filhos eram reconhecidos publicamente. Embora se afigurasse muito relevante para aquela sociedade o vínculo de consangüinidade - diante do repúdio aos filhos ilegítimos e em virtude da grande relevância de se perpetuar o culto religioso aos antepassados, em regra múnus exercido pelo varão legítimo - também era considerado filho aquele que fosse levantado diante da casa paterna, ou mesmo o adotado (sendo, para muitos, o Direito Romano, o berço do instituto da adoção). O estabelecimento da filiação, pois, era estabelecido com o objetivo de proporcionar o culto doméstico a quem porventura não tivesse descendentes, possuindo nítido caráter religioso.

Desse modo, a filiação romana também era deferida por reconhecimento, e não somente com base em um critério estritamente biológico (GUIMARÃES, Luiz Gonzaga. Família, paternidade e filiação no Direito Romano. *Revista Eletrônica de Direito*, n. 7. Disponível em: [www.unimesp.edu.br/Canal/Ictd.asp?Cd\\_Ret=6&Cd\\_Canal=46&Cd\\_Ctd=701&LinkVoltar=False&CtrlMenuCanal=True](http://www.unimesp.edu.br/Canal/Ictd.asp?Cd_Ret=6&Cd_Canal=46&Cd_Ctd=701&LinkVoltar=False&CtrlMenuCanal=True). Acesso em: 21 ago. 2006).

<sup>52</sup> Art. 1.696, CC/02. Ver, ainda, a Apelação Cível nº 2005.001.38617, Des. Milton Fernandes de Souza, j. em 24/1/2006, Quinta Câmara Cível do TJRJ.

<sup>53</sup> Artigos 186 e 932, I, do CC/02.

<sup>54</sup> Artigos 1.784 e 1829, I, do CC/02.

<sup>55</sup> Lei nº 9.623/96 e Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 219, II e V.

<sup>56</sup> A inseminação artificial homóloga, como forma de reprodução assistida, é a inseminação promovida com o material genético dos próprios cônjuges, enquanto que a heteróloga é fecundação realizada com material genético de pelo menos um terceiro, aproveitando ou não os gametas (sêmen ou óvulos) de um dos cônjuges. (RODRIGUES, Sílvio. op. cit. p. 341).

paternidade socioafetiva<sup>57</sup>, acolhido por inúmeras decisões jurisprudenciais, em especial no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>58 59</sup>, com amparo legal na Lei nº 8.560/92<sup>60</sup>.

Segundo esse entendimento, a relação de parentesco não se evidencia com base no vínculo biológico, mas decorreria da convivência e do afeto que dela deriva - consoante o melhor interesse da criança e do adolescente - somente sendo cabível a desconstituição do registro, caso seja comprovado vício do ato jurídico<sup>61</sup>. O registro civil efetuado pelo pai socioafetivo consistiria em verdadeira adoção<sup>62</sup>, plena e irrevogável, diante do disposto no art. 1.609, I, do Código Civil. O conceito de família afetiva impediria, então, a procedência das demandas negatória e investigatória de paternidade, ainda que existisse liame biológico com outrem, em virtude do vínculo socioafetivo existente, que se sobreporia ao DNA<sup>63</sup>. Surge a figura do pai social ao lado do pai biológico, podendo a distinção se situar, ainda, entre as figuras do pai (com o qual haveria vínculo de afetividade) e do genitor (pai biológico<sup>64</sup>).

Em verdade, o estabelecimento da presunção de paternidade, pela lei, poderia ser considerada como fruto da incapacidade do legislador em definir precisamente o que consiste a figura do pai, cujo conceito, na vida, afigura-se muito mais elástico diante das diversas hipóteses existentes do que o critério eleito pela lei. Por isso, questiona-se a capacidade do Direito de apreender a diversidade existente no âmbito das relações humanas, sem, contudo, pôr em dúvida a necessidade de o Direito estabelecer regras acerca do estabelecimento da paternidade diante dos reflexos dela decorrentes.

Verifica-se, pois, que a escolha entre o critério biológico e o socioafetivo influi no campo do direito obrigacional, de responsabilização civil e sucessório<sup>65</sup>, posto que

---

<sup>57</sup> Acerca da adoção à brasileira - registro de filho de outrem como seu - diz BORDALLO, Galdino Augusto Coelho (Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. op cit. p. 239), que o afeto é o componente mais importante das relações familiares, pois lhes dá sustentação.

<sup>58</sup> Apelações Cíveis nº 70015172562, Rel.: Sérgio F. V. Chaves, j. em 17/6/2006, Sétima Câmara Cível; nº 700013530373, Rel.: Luiz F. B. Santos, j. 25/1/2006, Sétima Câmara Cível; nº 700010660173, Rel.: Catarina R. K. Martins, j. 4/8/2005, Oitava Câmara Cível; nº 70007876568, Rel.: José A S. Trindade, j, 22/4/2004, Oitava Câmara Cível; nº 70007798739, Rel.: Sérgio F. V. Chaves, j. 18/2/2004, Sétima Câmara Cível do TJRS.

<sup>59</sup> No Tribunal de Justiça do Paraná há decisões no mesmo sentido (VENCESLAU, op. cit., p. 388).

<sup>60</sup> Mais controvérsias sobre o assunto podem ser consultadas em GAMA, op. cit., p. 524-544. e SOARES, op. cit. p. 555 e 560-564.

<sup>61</sup> AMARAL, op. cit., p. 471 e seguintes.

<sup>62</sup> Não obstante encontra-se positivado, como crime, no art. 242 do CP, a chamada adoção *à brasileira*. Percebe-se, pois, que, a princípio, o ordenamento não estabelece a relação de parentesco com base, estritamente, nos laços afetivos (VENCESLAU, op. cit., p. 387).

<sup>63</sup> Contudo, há enorme potencial de conflituosidade na questão acerca de uma opção entre o conhecimento científico da origem genética - positivado e que prevalece na jurisprudência - e o critério da socioafetividade, também defendido por muitos doutrinadores e por inúmeros julgados, na relação pai-filho e filho-pai, pois a questão não deve ser analisada como uma via de mão única, para atender a todas as pessoas envolvidas, em razão de afetar seu *status* e sua dignidade.

<sup>64</sup> VENCESLAU, op. cit. p. 394.

<sup>65</sup> Apelação Cível nº 2005.001.25907, Des. Azevedo Pinto, j. 1º/2/2006, Décima Quarta Câmara Cível.

os deveres de prestar alimentos e de responder pelos atos dos filhos - campo da responsabilidade civil - decorrem do poder familiar<sup>66</sup>, que será exercido pelo pai. E, não havendo uniformidade em nosso ordenamento jurídico acerca desse tema, incumbirá aos nossos Tribunais Superiores, com auxílio da doutrina, a tarefa de uniformizar o entendimento jurisprudencial acerca do conceito de pai e mesmo ofertar soluções para determinar quem exercerá esse mister, dentre as diversas figuras paternas existentes.

Nesse esteio, no tocante ao direito à herança legítima, há de se determinar se o seu exercício ocorrerá em função dos bens do pai biológico ou do socioafetivo, sendo assaz sensível a questão neste ponto, uma vez que poderá ser pretendida alteração da paternidade em função de interesses meramente patrimoniais, quando o Direito há de tutelar as situações existenciais em todos os seus aspectos, especialmente quando se envolvem relações de afeto.

#### 4. Conclusões

Pretendeu-se, pois, com essas breves anotações, ilustrar a enorme relevância da figura paterna. Buscou-se destacar a existência de diversos conceitos de paternidade e evidenciar as influências tanto para os aspectos jurídicos da filiação quanto em função da verdadeira comunhão espiritual entre pai e filho na vida.

Da paternidade, conceito relativo e histórico, formam-se as relações de sangue e afeto, pois dela decorre o direito ao nome e sobrenome, à origem e à identidade genética, em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, também são estabelecidas as relações patrimoniais decorrentes do Direito de Família, os deveres obrigacionais, os decorrentes da responsabilidade civil, além dos direitos sucessórios.

Toda essa problemática gera novos conflitos a cada dia, e acerca dos conceitos e desafios da paternidade, os operadores do Direito deverão refletir na busca por soluções compatíveis com as demandas de efetividade da prestação jurisdicional de nossa sociedade, inclusive opondo questionamentos à própria ciência jurídica, uma vez que nem sempre a positivação da relação de paternidade possui o condão de pôr fim a conflitos que envolvem questões que vão muito além da seara estritamente jurídica.

---

<sup>66</sup> Supremo Tribunal Federal, RE nº 93.332/PR, Rel.: Min. Aldir Passarinho, Segunda Turma. Foi declarado, nessa decisão, o direito do filho sobre a herança de seu progenitor (j. 16/4/1985, DJ 14/6/1985, p. 220).



## 5. Bibliografia

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Coordenadora. Obra coletiva. Autores: AMIN, Andréa Rodrigues et alli. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 213.

BREGA FILHO, Vladimir. A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2185>>. Acesso em: 24 ago. 2006.

GUIMARÃES, Luiz Gonzaga. Família, paternidade e filiação no Direito Romano. *Revista Eletrônica de Direito*, n. 7. Disponível em: <[www.unimesp.edu.br/Canal/iCtd.asp?Cd\\_Ret=6&Cd\\_Canal=46&Cd\\_Ctd=701&LinkVoltar=False&CtrlMenuCanal=True](http://www.unimesp.edu.br/Canal/iCtd.asp?Cd_Ret=6&Cd_Canal=46&Cd_Ctd=701&LinkVoltar=False&CtrlMenuCanal=True)>. Acesso em: 21/08/2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 24 ago. 2006.

MARTINS, Marcus Vinícius Silva. Recusa à submissão a exame de DNA em processos de investigação de paternidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3987>>. Acesso em: 24 ago. 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 1ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Volume 6. 27. ed., atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei nº 10.406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed., 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias Monoparentais: Aspectos polêmicos. In: TEPEDINO, Gustavo et alli. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro, Renovar, 1999. apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo et alli. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VENCESLAU, Rose Melo. Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos et alli. *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro:Renovar, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. 6. ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

# A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

Rafael da Silva Rocha\*

Técnico Judiciário da 2ª Vara Federal

## RESUMO

O advogado é indispensável à administração da Justiça, fato que eleva a sua função à condição de *munus* público. No entanto, é responsável pelos danos que causar no desempenho de seu mister. O contrato de prestação de serviços advocatícios é mandato judicial. A responsabilidade civil do advogado é subjetiva e contratual, condicionada ao inadimplemento de obrigação de meio, não sendo possível responsabilizá-lo pelo insucesso da causa. Aplicam-se ao mandato judicial as regras do Código de Defesa do Consumidor. Isso não implica dizer, contudo, que a responsabilidade da sociedade de advogados, a que não se aplica a exceção prevista para os profissionais liberais no art. 14, § 4º, é objetiva, noção incompatível com o mandato judicial. Por fim, quanto aos critérios utilizados para liquidar o dano, prepondera o arbitramento judicial, sobretudo nos casos de dano moral e perda de chance.

## PALAVRAS-CHAVE

Responsabilidade civil - advogado - Código de Defesa do Consumidor (CDC)

## SUMÁRIO

1. Introdução 2. A natureza jurídica do vínculo entre advogado e cliente. 3. A responsabilidade civil no Direito Brasileiro. 4. A responsabilidade civil do advogado profissional liberal. 5. A responsabilidade civil da sociedade de advogados. 6. Condutas lesivas e a liquidação do dano. 7. Conclusão 8. Bibliografia.

## 1. Introdução

“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. A redação do artigo 133 da Constituição Federal não deixa dúvidas: a atividade do advogado transcende a simples delimitação conceitual de profissão, alcançando o

---

\* Acadêmico de Direito - 8º Período do Curso de Graduação em Direito da UERJ; Bolsista de Iniciação Científica pelo CNPQ.

caráter de *munus público* (LOPES, 2002, p. 01). A importância do advogado para o Estado Democrático de Direito passa pela necessidade que o mesmo representa para o funcionamento do Poder Judiciário, cuja inércia requer um elemento técnico propulsor (SILVA, 2004, p. 581-582).

No entanto, a relevância do mister que desempenha, consagrada na inviolabilidade garantida pelo texto constitucional, não deve ser vista como salvo-conduto para o mau profissional agir ao arrepio da lei, mesmo porque tal limitação encontra-se expressa no dispositivo acima transcrito.

Assim, deve o advogado responder pelos atos ilícitos que praticar no exercício de suas funções, seja no âmbito penal, caso cometa crime, seja no âmbito civil, assunto a que se dedicará o presente estudo.

Não se pretende esgotar o tema, invocando-se todos os precedentes jurisprudenciais e posicionamentos doutrinários, inesgotáveis no campo da responsabilidade civil, mas escassos quanto à responsabilização do causídico pelos danos materiais e morais que venha a causar. Na verdade, objetiva-se traçar um panorama geral a respeito da responsabilidade civil do advogado, a partir da legislação vigente, da evolução doutrinária em torno dos pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil e da sistematização da responsabilidade de outros profissionais. Discutir-se-á ainda algumas questões potencialmente (já que há poucos trabalhos sobre o tema) controvertidas.

Este artigo pode ser dividido em três partes. Em um primeiro momento, serão trazidos os fundamentos teóricos necessários ao desenvolvimento do raciocínio a que se visa empreender. Com isso, serão expostos os pilares teóricos de dois tradicionais institutos do Direito Civil: o mandato e a responsabilidade civil, assuntos que, embora ainda suscitem algumas controvérsias, têm seus contornos bem delineados na doutrina e na jurisprudência.

Em seguida, as premissas fixadas servirão para que se estabeleça uma breve sistematização das regras a serem observadas, para que se possa imputar ao advogado o dever de indenizar os prejuízos a que tiver dado causa.

Na última etapa, serão analisadas sucintamente as hipóteses em que cabe a responsabilização do causídico por sua conduta ilícita, em paralelo com os critérios a serem observados na liquidação dos danos correlatos.

Por fim, uma ressalva: qualquer conclusão pertinente ao tema proposto deve estar em conformidade com as regras do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à relação entre advogado e cliente, e com os deveres éticos da profissão, sob pena de se subverter a função social que deve desempenhar o advogado.

## 2. A natureza jurídica do vínculo entre advogado e cliente

Qual seria a natureza jurídica do vínculo que une o advogado a seu cliente? Para esclarecer a dúvida, traz-se à colação preciso ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira:

Considera-se mandato judicial o contrato que tem por objeto a representação para defesa de interesses e direitos perante qualquer juízo. É preciso não confundir este contrato, em que é essencial em nosso sistema a concessão de poderes para falar e agir em nome do mandante, com a prestação de serviço do advogado como consultor, orientador, a qual se cumpre sem representação. (2004, p. 417).

Portanto, ressalvado o caso de prestação de serviços de consultoria, hipótese que não será objeto de maiores considerações, visto que a atividade pode ser desempenhada por qualquer profissional que tenha conhecimentos jurídicos, a relação estabelecida entre o causídico e o representado é um contrato de mandato. A atribuição de tal qualificação tem repercussões práticas, conforme se verá.

O contrato de mandato é, em regra, gratuito (o que em raríssimas hipóteses se aplica ao mandato judicial), preparatório, revogável, bilateral imperfeito e *intuitu personae* (MATIELLO, 2005, p. 437-438). Em relação à última característica, presente no mandato judicial, deve-se ressaltar que o caráter personalíssimo do contrato influi diretamente nas conseqüências do substabelecimento, transferência dos poderes outorgados pelo cliente a um terceiro advogado, conforme ensina Orlando Gomes:

O substabelecimento pode ser feito se a procuração o permite expressamente; se é omissa; e, até se o proíbe. Interessa distinguir as hipóteses, porque varia a responsabilidade do procurador que substabelece. Tendo autorização para substabelecer, o procurador só será responsável pelos atos do substabelecido se este for pessoa notoriamente incapaz. A responsabilidade funda-se na culpa *in eligendo*. Sendo omissa a procuração, o procurador continua responsável perante o outorgante, como se estivesse agindo pessoalmente. Outros entendem que, nesse caso, responde somente se o substabelecido proceder culposamente. Havendo proibição, ainda assim não estará tolhido de substabelecer, mas sua responsabilidade se agrava. Nesse caso, responde até pelos prejuízos resultantes do caso fortuito, a menos que prove sobreviriam ainda não houvesse substabelecimento. (1992, p. 420-421).

Ressalte-se que as mesmas conclusões podem ser extraídas dos parágrafos 1º, 2º e 4º do art. 667 do Código Civil.

Quanto aos deveres genéricos do mandatário, aponta a doutrina os seguintes: empregar toda sua diligência habitual na execução do mandato; prestar contas; concluir os negócios em andamento, caso faleça o mandante, se houver perigo na demora; indenizar qualquer prejuízo decorrente de sua culpa; dentre outros (VENOSA, 2005, p. 289-291). *Mutatis mutandis*, tais obrigações são perfeitamente exigíveis dos advogados.

Não se pode ignorar, contudo, que o mandato judicial tem suas especificidades, fato que motivou o legislador a estabelecer que as regras que disciplinam o mandato no Código Civil a ele se aplicam apenas subsidiariamente (“Art. 692. O mandato judicial fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constantes da legislação processual, e supletivamente, às estabelecidas neste Código”).

### 3. A responsabilidade civil no Direito Brasileiro

Dispõe o art. 927 do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Quanto ao ato ilícito, o Código Civil o previu em duas hipóteses:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

São essas as cláusulas gerais da responsabilidade civil no Direito Brasileiro, que fundamentam e legitimam as considerações doutrinárias que se seguem. À guisa de definição, aduz Sérgio Cavalieri Filho:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico.

Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (2005, p. 24).

E prossegue o autor, explicitando os três pressupostos básicos da responsabilidade civil: “daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil” (CAVALIERI, 2005, p. 24). Portanto são eles: conduta (comissiva ou omissiva), dano e relação de causalidade entre ambos.

Quem explica o significado de cada um deles é Carlos Roberto Gonçalves:

Ação ou omissão - Inicialmente, refere-se a lei a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.

.....  
Relação de causalidade - É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo ‘causar’ utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

.....  
Dano - Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. [...] A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto. (GONÇALVES, 2003, p. 32-33).

Assentados os elementos mínimos para a configuração da responsabilidade civil, a questão que se apresenta é: qualquer ação ou omissão que der causa a um dano pode ensejar a responsabilização do agente, ou tal conduta deve ser necessariamente ilícita, violando dever jurídico (legal ou contratual) previamente estabelecido? Para solucionar a questão, faz-se necessário apresentar a distinção entre responsabilidade *subjetiva* e responsabilidade *objetiva*.

Segundo Caio Mário, “a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e

o dolo do agente” (PEREIRA, 1995, p. 30). Ou seja, aqui é imprescindível que o agente tenha atuado culposamente (*lato sensu*). José de Aguiar Dias distingue dois elementos na figura da culpa: “objetivo, expressado na iliceidade, e subjetivo, do mau procedimento imputável” (1997, p. 108). Prosseguindo, o autor explicita a distinção entre o dolo e a culpa *stricto sensu*:

A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência (*negligentia, imprudentia, ignavia*) em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido restrito e rigorosamente técnico. (DIAS, 1995, p. 30).

No entanto, o conceito mostrou-se insuficiente para cobrir todos os casos de reparação, pois impor à vítima o ônus de demonstrar a culpa do agente, prova por vezes demasiadamente árdua, acaba por deixar o dano sofrido sem indenização. Por esse motivo, doutrina e jurisprudência passaram a admitir a *culpa presumida* (invertendo-se o ônus da prova) do agente em algumas hipóteses, o que evoluiu para a noção de *responsabilidade objetiva*, à qual é estranho o conceito de culpa, devendo o agente indenizar o dano que causou, independentemente de ação ou omissão ilícita, ressalvada a presença de certas excludentes de responsabilidade, que descartariam o nexo de causalidade entre a conduta e o dano verificado (STOCCO, 1999, p. 76-78).

Divide-se ainda a responsabilidade civil em contratual e extracontratual (ou aquiliana). Sérgio Cavalieri Filho explica a distinção entre ambas:

Em suma: tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contraentes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. [...] Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica. (2005, p. 38-39)

Cabe ainda destacar relevante conseqüência da adoção de uma ou outra modalidade. Enquanto na responsabilidade extracontratual incumbe ao lesado demonstrar a existência dos pressupostos que a caracterizam (conduta, nexo causal e dano), na contratual há uma *inversão do ônus da prova*, pois, uma vez provado o descumprimento de dever contratual, cabe à parte infratora demonstrar que não agiu culposamente, evidenciando a razão jurídica de seu fato ou invocando excludente de responsabilidade (PEREIRA, 1995, p. 247-248).



Ainda no campo da responsabilidade contratual, deve-se destacar que ela pode decorrer do inadimplemento de duas espécies de obrigação, conforme a natureza do contrato celebrado: obrigação de resultado ou obrigação de meio. Consiste esta no compromisso que assume o contratante de desempenhar a atividade da melhor maneira possível, com a diligência necessária para o melhor resultado, mesmo que este não seja alcançado. Por outro lado, assume o devedor obrigação de resultado quando se compromete a atingir determinado fim, sem o qual não terá cumprido sua obrigação (STOCCO, 1999, p. 83). A distinção será de extrema relevância, pois, conforme se verá, o advogado assume obrigação de meio quando representa o cliente em Juízo.

Por fim, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da responsabilidade civil no contexto de relação disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor. Em regra, a responsabilidade do fornecedor do serviço é de índole objetiva (art. 14, CDC). Excepciona-se, todavia, o caso do profissional liberal, que apenas indenizará os danos a que der causa se agir culposamente (art. 14, § 4º). São merecedoras de destaque, ainda, a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor hipossuficiente (art. 6º, VIII) e a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28).

#### **4. A responsabilidade civil do advogado profissional liberal**

Assentados os fundamentos teóricos do contrato de mandato e da responsabilidade civil, passa-se a analisar quais seriam as regras aplicáveis à responsabilização do advogado pelos danos que causar no exercício de suas atribuições. Para tanto, deve-se diferenciar os prejuízos causados ao seu cliente daqueles suportados por terceiros.

Quanto ao último caso, não seria possível cogitar de responsabilidade contratual, já que, evidentemente, inexistente relação negocial entre o juiz e o causídico, ou entre este e qualquer outro sujeito processual que não seja o seu cliente. Assim, são aplicáveis à hipótese as regras pertinentes à responsabilidade extracontratual, que decorre da violação de dever jurídico previsto em lei.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que o advogado, além de observar as normas a que está sujeito o cidadão comum, vincula-se às disposições específicas de seu estatuto profissional (Lei nº 8.906/94) e de seu Código de Ética.

Ademais, como visto, incumbe ao lesado a prova dos elementos caracterizadores da responsabilidade, razão pela qual deve demonstrar o dano que sofreu, o nexo de causalidade e a atuação culposa do agente, uma vez que a responsabilidade em questão, ausente a estipulação legal em sentido diverso e inaplicável a teoria do risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil), é subjetiva.

Por outro lado, no que se refere aos danos causados ao cliente, a responsabilidade do advogado é contratual, na medida em que decorre de violação de dever jurídico referente ao contrato de mandato celebrado entre as partes (CAVALIERI, 2005, p. 410). Quanto à natureza da obrigação assumida pelo mandatário, destaca José de Aguiar Dias:

É preciso recordar que o contrato advocatício não impõe ao advogado a obrigação de sair vitorioso na causa, porque *lites habent sua sidera*. Neste particular, ele assume, semelhantemente ao médico, uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultado. O que lhe cumpre é representar o cliente em juízo, defendendo pela melhor forma possível os interesses que lhe confiou (grifos nossos). (1997, p. 292).

Portanto, sendo de meio a obrigação assumida, não poderá o advogado ser responsabilizado pela perda da causa, a menos que tenha atuado de modo negligente. Demandado com esse fundamento, incumbirá ao profissional o ônus de demonstrar que empregou todos os esforços possíveis para obter o resultado esperado pelo cliente. Se lograr êxito, não será condenado a indenizar os prejuízos sofridos em caso de sucumbência.

Quanto à gravidade do erro capaz de ensejar a responsabilidade do causídico, leciona, novamente, José de Aguiar Dias:

O advogado responde pelos erros de fato cometidos no desempenho do mandato. É nossa opinião que não se escusa, mostrando que o erro não é grave. Quanto ao erro de direito, é preciso distinguir: só o erro grave [...] pode autorizar a ação de indenização contra o advogado, porque traduz evidente incúria, desatenção, desinteresse pelo estudo da causa ou do direito a aplicar ou, então, caracterizada ignorância, que se torna indesculpável, porque o profissional é obrigado a conhecer o seu ofício sem que seja obrigado a mostrar-se um valor excepcional na profissão. (1997, p. 293).

Cabe destacar que ao mandato judicial aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se, sem dúvida, de hipótese de fornecimento de serviços, enquadrando-se advogado e cliente nos conceitos de fornecedor e consumidor, respectivamente, previstos nos arts. 2º e 3º do diploma consumerista.

Assim a responsabilidade do advogado profissional liberal perante seu cliente é subjetiva, condicionada à existência de culpa, por força do disposto no art. 14, § 4º, do CDC. No entanto, duas questões devem ser enfrentadas: a quem cabe o ônus de provar a culpa? E ainda: se não houvesse a exceção legal para os profissionais liberais, poderia a responsabilidade do advogado ser objetiva?

A primeira questão revela-se menos complexa. Como visto, tratando-se de responsabilidade contratual, cabe à parte que descumpre o dever provar que não agiu culpavelmente, inversão que autoriza a conclusão de que, provado o inadimplemento, é *presumida* a culpa do devedor.

Em sentido análogo, aduz Paulo Luiz Netto Lôbo:

Presume-se que o advogado autônomo é culpado pelo defeito do serviço, salvo prova em contrário, por ser a presunção *iuris tantum*. Não se pode cogitar, em hipótese de culpa presumida, de se atribuir o ônus da prova ao cliente, porque tornaria ineficaz a presunção. (2000, p. 3)

Não se pode olvidar, contudo, que a obrigação assumida é de meio, e não de resultado. Assim, será inadimplente o advogado que não tiver agido com a máxima prudência ou que não tiver empregado todos os esforços possíveis para obter sucesso no pleito. Se as obrigações de meio são executadas proficientemente, não se pode imputar a ele nenhuma responsabilidade pelo insucesso da causa (cf. RJTJSP, 68: 45).

Quanto à segunda questão, verifica-se que a assunção de obrigação de meio não se compadece com a noção de responsabilidade objetiva. Se o advogado será responsabilizado por violar dever contratual de diligência, que, em última análise, confunde-se com o conceito de *culpa contratual*, não se pode pretender responsabilizá-lo objetivamente, independentemente de culpa, sob pena de se admitir que o advogado assumiria obrigação de resultado, conseqüência que não encontraria respaldo nem na doutrina, nem na jurisprudência. Não é outra a conclusão de Sérgio Cavalieri Filho ao afirmar que “o cliente só poderá responsabilizar o advogado pelo insucesso da demanda provando que ele obrou com dolo ou culpa.” (CAVALIERI, 2005, p. 411).

## 5. A responsabilidade civil da sociedade de advogados

Dispõe o art. 932 do Código Civil: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

Caio Mário, interpretando o dispositivo acima transcrito, afirma que “o Código Civil de 2002 expressamente instituiu a responsabilidade objetiva do empregador na reparação do dano causado pelo empregado”. Assim, superou-se entendimento anterior de que haveria presunção de culpa (*in eligendo* ou *in vigilando*) do empregador pelos danos causados por seus prepostos (2004, p. 558-559).

Portanto, tudo que foi dito no item anterior se aplica à sociedade de advogados. Dessa forma, configurada a responsabilidade em razão da atuação culposa de seu empregado, deverá a sociedade responder pelos prejuízos causados perante o lesado, ressalvado o direito de regresso contra o agente.

Por outro lado, deve-se observar que o disposto no art. 14, § 4º, do CDC não se aplica em favor de pessoa jurídica, já que o dispositivo faz menção expressa a “profissional liberal”. Todavia, a conclusão não poderia ser diversa. Como já destacado, o contrato de prestação de serviços advocatícios não pode ensejar obrigação de resultado, vez que não pode o profissional se comprometer a ganhar a causa. Assim, fica o dever de indenizar condicionado à atitude pouco diligente e, portanto, culposa do agente, o que inviabiliza a aplicação do art. 14, *caput*, do CDC, não se compatibilizando a responsabilidade objetiva com o mandato judicial.

Em suma, configurada a responsabilidade subjetiva do profissional vinculado à sociedade de advogados, responderá a última objetivamente, isto é, independentemente de culpa.

Por fim, deve-se destacar que a sociedade de advogados está sujeita a desconsideração de sua personalidade, caso a providência se afigure necessária para a reparação dos prejuízos causados por seus prepostos, incidindo o disposto no art. 28, § 5º, do CDC.

## 6. Condutas lesivas e liquidação do dano

A indenização mede-se pela extensão do dano ocorrido, podendo o juiz reduzir eqüitativamente o *quantum debeatur* se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano perpetrado, conforme dispõe o art. 944, do Código Civil, e seu parágrafo único.

Para que seja possível averiguar os critérios a serem observados na liquidação do dano indenizável, deve-se analisá-los em cotejo com cada comportamento ilícito que dê azo à responsabilização do advogado. É o que se passa a fazer.

Dessa forma, o primeiro caso a ser estudado é quando o profissional dá causa ao perecimento de direitos, deixando, ao aceitar a causa, de cumprir as providências preliminares, como, por exemplo, as que se destinem a obstar a prescrição. Nesse sentido, veja-se o seguinte aresto: “O advogado que, por comprovada negligência, não cumpre as obrigações assumidas em contrato de mandato judicial, deixando prescrever o direito de seu constituinte a perceber prestações devidas, tem o dever de indenizar o dano causado em face de sua conduta culposa.” (RT, 749:267).

Qual deveria ser o valor da indenização a ser paga pelo advogado no caso em apreço? Deve-se aplicar aqui o conceito de *perda de chance*, já que é impossível afirmar que o lesado sairia vencedor se a demanda fosse tempestivamente ajuizada. Assim, deverá a indenização ser prudentemente arbitrada pelo juiz, atento às peculiaridades do caso concreto. Ressalte-se que o que deve ser indenizado é a negativa de possibilidade de o constituinte ter a sua pretensão apreciada pelo Judiciário, e não o valor que esse processo poderia eventualmente lhe propiciar no fim (VENOSA, 2006, p. 2). No mesmo sentido: 1º TACP, Ap. 0680655-1, 8ª Câmara, Rel.: Costa Telles, julg. em 23/10/1996.

O mesmo entendimento deve ser adotado caso o advogado deixe de comparecer às audiências de conciliação ou de instrução e julgamento, ou ainda, na hipótese de não interpor o recurso cabível no prazo legal. Quanto à última hipótese, veja-se o que pondera Carlos Roberto Gonçalves, ao citar Carvalho Santos:

Carvalho Santos entende que não se deve exigir que o advogado recorra sempre. Só admite a sua responsabilidade quando haja probabilidade de reforma da sentença de que deveria ter recorrido, cabendo ao cliente a prova de que tal aconteceria [...]. É fora de dúvida, no entanto, que incorre em responsabilidade se deixa de recorrer, contrariando os desejos manifestados pelo cliente. A desobediência às instruções do cliente sempre pode acarretar a responsabilidade do advogado, já que tem ele o direito de renunciar ao mandato, se com elas não concordar. (2003, p. 384).

Cabe ainda a responsabilização do advogado caso ajuíze demanda manifestamente inviável (ex.: utilização de mandado de segurança como substitutivo de ação de cobrança, em flagrante inobservância ao enunciado da Súmula nº 269 do STF). Nesse caso, o autor, ainda que com o melhor direito, torna-se sucumbente. Dessa forma, deve o profissional incompetente ser responsabilizado por todos os prejuízos acarretados ao cliente (GONÇALVES, 2003, p. 383), e lhe serem cobrados custos processuais e honorários de sucumbência, além de estar o causídico obrigado a restituir os honorários contratuais que recebeu.

Por fim, será objeto de análise a hipótese em que o advogado cause dano moral ao cliente ou a terceiro, seja através de ofensa irrogada em juízo seja através da violação de sigilo profissional, que também pode ensejar lucros cessantes e danos materiais.

O dano moral refere-se ao abalo de sentimento, à angústia, à mágoa ou ao sofrimento experimentado por uma pessoa. Em nosso ordenamento, tem duplo caráter: compensatório e punitivo. Sua fixação tem como finalidade imediata permitir um alívio

à vítima, ajudando-a a liberar-se do sofrimento, ou reconfortando-a através do benefício pecuniário. Assim, a verba não deve ser fixada em valor vil, inexpressivo, mas também não deve ser transformada em fonte de enriquecimento, desvirtuando sua finalidade; deve levar em conta a intensidade do dolo e o grau de culpa do responsável, bem como sua situação econômica; e ainda, por seu caráter punitivo, deve ser fixada de modo a não admitir que o agente saia lucrando ou plenamente satisfeito com a conduta ilícita. Sopesadas essas linhas básicas, o juiz arbitrará o *quantum*, com prudência e moderação (CASTRO, 2000, p. 21-27).

Quanto à ofensa irrogada em Juízo, deve-se ressaltar que, a despeito da inviolabilidade prevista no art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94, o advogado responderá civilmente pelas lesões à honra que perpetrar no exercício de suas funções. Isso porque, por força do disposto no art. 935 do Código Civil, a responsabilidade civil é independente da criminal (CAVALIERI, 2005, p. 412). Em sentido análogo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Direito Civil - Dano moral - Indenização - Advogado - Excesso - Inaplicabilidade da imunidade profissional deferida pelo Estatuto da Advocacia e da OAB - Precedentes - imunidade profissional deferida pelo Estatuto da Advocacia e da OAB - Precedentes - Recurso desacolhido.

A imunidade profissional, garantida ao advogado pelo novo Estatuto da Advocacia e da OAB, não alberga os excessos cometidos pelo profissional em afronta à honra de qualquer das pessoas envolvidas no processo, seja o magistrado, a parte, o membro do Ministério Público, o serventuário, ou o advogado da parte contrária. Segundo firme jurisprudência da Corte, a imunidade conferida ao advogado no exercício de sua bela e árdua profissão não constitui um *bill of indemnity*. A indenização por dano moral dispensa a prática de crime, bastando a aferição da ocorrência de dano pela atuação do réu. (REsp. 151.840, 4ª T., Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RSTJ 124/361).

O sigilo profissional é outra imposição ao advogado, que não se difere de outros profissionais liberais, no particular. Assim, responde perante o cliente se divulgar fatos que souber em razão da profissão e, dessa forma, acarretar prejuízos, morais ou materiais, à parte. Nesse sentido, é direito do advogado recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando foi autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional, tudo conforme o art. 7º, XIX, da Lei nº 8.906/94 (VENOSA, 2006, p. 2).

## 7. Conclusão

O advogado exerce atividade essencial para o regime democrático, na medida em que viabiliza aos jurisdicionados o acesso à justiça. Por esse motivo, desfruta de inúmeras garantias constitucionais e legais. No entanto, não pode invocá-las para se eximir do dever de indenizar os prejuízos a que der causa.

Como visto, a responsabilidade do advogado é subjetiva, isto é, demanda investigação do ânimo do agente que deve ter causado o resultado danoso através de ação ou omissão culposa. Trata-se de culpa presumida, pois não se exige da vítima que prove a ausência de diligência do profissional; ao revés, inverte-se o ônus da prova, e cumpre ao advogado demonstrar que empregou toda a sua capacidade profissional para ganhar a causa que lhe foi confiada.

A orientação adotada mostra-se razoável. A experiência comum mostra que a prova da culpa do prestador de serviços revela-se bastante árdua na maioria dos casos. Assim, a aplicação das regras probatórias ordinárias (quando incumbe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito) inviabilizaria o pleito indenizatório. Uma solução injusta, pois deixaria o dano sem reparação, cabendo à vítima suportá-lo.

Aplicam-se ainda aos contratos de prestação de serviços advocatícios as regras protetivas do CDC. Com isso, estende-se a tutela dos direitos do consumidor àquele que contrata advogado, que, em última análise, é um fornecedor de serviços como outro qualquer, para defender seus interesses em juízo. O desafio que se mostra aos operadores do direito é harmonizar as prerrogativas concedidas ao consumidor, parte mais vulnerável na relação contratual, com as vicissitudes do mandato judicial, decorrentes do *munus* público que desempenha o advogado no exercício de suas funções.


Nesse contexto, avultam em importância os valores éticos que devem nortear a conduta do advogado. Dele exige-se mais do que a boa-fé objetiva que, à luz da nova dogmática contratual, deve orientar a conduta das partes contratantes na execução e na conclusão dos negócios jurídicos (art. 422 do Código Civil). Deve a conduta do advogado ser absolutamente idônea, exemplar, condizente com a dignidade da profissão. É o que pondera Ruy de Azevedo Sodré:

Comprimido entre a lei e a moral, o advogado vive um momento histórico, em que ninguém quer respeitar a lei e, muito menos ainda, viver segundo os preceitos morais. Uma época da subversão da ética, como a atual é, indiscutivelmente hostil ao direito que é regra de conduta. É portanto época adversa à atividade do advogado - o paladino do direito. Contra esse ambiente agreste em que atua, a melhor defesa do advogado é, sem dúvida, o Código de Ética, como esteio da consciência profissional, assim como o Estatuto é a garantia de sua independência. (SODRÉ, 1967, p. 140).

## 8. Bibliografia

- CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil do advogado. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 42, jun. 2000.
- LOPES, Edgard de Oliveira. Aspectos da responsabilidade civil do advogado. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002.
- MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código civil comentado: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 2. ed. São Paulo, LTr, 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 3. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SODRÉ, Ruy de Azevedo. *O advogado, seu estatuto e a ética profissional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *A responsabilidade civil dos advogados*. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svresponsabilidade.html>>. Acesso em: 9 ago. 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.





# Sentenças e decisões



# A NÃO-CONFIGURAÇÃO DO SEQÜESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇA QUANDO É O DETENTOR EXCLUSIVO DA GUARDA NO ESTADO DE SUA RESIDÊNCIA HABITUAL ANTES DA REMOÇÃO QUE A REALIZA

Adriano Saldanha Gomes de Oliveira

Juiz Federal Substituto da 23ª Vara

Trata-se de ação proposta pelo pai para busca e apreensão da filha, que se encontra no Brasil em companhia da mãe, visando a obter o seu retorno para o Chile. O pai e a mãe viviam separados no Chile, sendo que o próprio pai reconhece, através da inicial, que era separado da mãe e que sua filha vivia com esta no Chile, ou seja, antes da mudança para o Brasil.

A lei aplicável ao caso é a lei chilena, lei da residência habitual da criança antes da remoção. Assim, se, segundo o Código Civil do Chile, estando os pais separados, cabe com exclusividade à mãe a guarda da criança, conclui-se que a remoção foi lícita, não podendo ser qualificada como seqüestro, já que inexistiu violação a direito de guarda nos termos da Convenção da Haia de 1980. Logo, a ação de busca e apreensão movida pelo pai com base no direito de guarda é improcedente, ressaltando-se-lhe a propositura de nova ação, desde que com base no direito de visita.

## BUSCA E APREENSÃO

PROCESSO Nº 2003.51.01.028845-3\*

## SENTENÇA

## RELATÓRIO

**UNIÃO (Autora)**, qualificada na inicial, propôs, bem fundamentada, a presente **ação de busca e apreensão** da menor X, já qualificada, em face de **Y (Ré)**, já qualificada, pedindo a restituição da menor à República do Chile, em face da ocorrência de seu seqüestro internacional pela mãe (fls. 2/17). Juntou documentos (fls. 18/109).

---

\* Por decisão do Juízo, foram omitidos os nomes das partes nesta sentença.

Intervenção do MPF determinada (fls.111).

Promoção do MPF (fls.115).

Determinada a citação (fls.116).

Zelosa Contestação juntada por fac-símile (fls.124/142), confirmada por original (fls.144/159) na qual a Ré argui cinco preliminares - irregularidade na demanda, inadequação de rito, ilegitimidade ativa, incapacidade postulatória, e de falta de interesse de agir - e, no mérito, pede a improcedência. Junta documentos (fls.160/171).

Nova vista ao MPF, seguida de novo judicioso parecer (fls.176/182), da lavra da Excelentíssima Senhora Procuradora da República Dra Gisele Porto.

Escorreita decisão da Excelentíssima Senhora Juíza Federal Sra. Itália Areas Bertozzi pondo o feito em diligências (fls.183).

Petição da UNIÃO com documentos (fls.185/197).

Petição da UNIÃO (fls.201/202).

Ofício da Autoridade Central representada pela UNIÃO (fls.206/207).

Resposta ao Ofício (fls.208/210).

Petição da Ré (fls.225).

Novos Ofícios da Autoridade Central representada pela UNIÃO (fls.229 e 231).

É o relatório.

## FUNDAMENTAÇÃO

1) Trata o presente de medida de busca e apreensão de menor requerida com fulcro na Convenção de Haia contra o Seqüestro Internacional de Menores. Não há necessidade de dilação probatória, pois a matéria de fato que basta à solução da lide é na realidade incontroversa, restando apenas dirimir matéria de direito. Desnecessário, no caso, estudo psico-social junto à criança, eis que a defesa da Ré, no que pertine à alegação de “grave risco” (Art. 13, “b”, da Convenção) para a criança decorrente do seu retorno ao Chile não reúne qualquer indício de prova e merece rejeição. Ademais, a presente ação é prevista em Convenção Internacional de índole Processual, cuja finalidade é apenas definir o Juiz Natural da guarda da criança, assim considerado, pela Convenção, o do País de última residência habitual da criança antes de sua remoção ilícita. Não se dispõe nesta ação sobre a guarda atual da criança, mas sim sobre o direito de guarda no momento da remoção para fins de caracterização desta (a remoção) como ilícita, pelo que incabível e protelatório é, em princípio, qualquer estudo psico-social feito no País onde a criança se encontra retida. Isto posto, **revogo fls. 183, item II, e julgo antecipadamente a lide, nos termos do Art. 330, I, do CPC.**

2) Rejeito a preliminar pela extinção do processo sem julgamento do mérito por “demanda irregularmente apresentada” por ausência de tradução de todos os documentos de língua estrangeira acostados, eis que a falha apontada não diz respeito a todos os documentos que instruem a inicial, sendo que os meios de prova apresentados regularmente bastam para a apreciação do mérito da demanda.

3) Rejeito a preliminar de inadequação de rito, pois, embora o rito adotado seja o do CPC para o processo cautelar de busca e apreensão, a natureza da presente é de busca e apreensão autônoma, ação especial, de conhecimento, prevista nos Arts. 8º e 21 da Convenção da Haia contra o Seqüestro Internacional de Menores, direito positivo entre nós. Há lide a solver, com partes (autoridade intermediária brasileira: UNIÃO *versus* suposto “removente” da criança), pedido (busca e apreensão) e causa de pedir (remoção ilícita do menor do país de sua última residência habitual). A ação, embora prevista em lei especial, e visando provimento dotado de eficácia mandamental, não deixa de ser ação de conhecimento (à semelhança do mandado de segurança), sempre dentro de seus limites específicos: não dispor sobre a guarda da criança, mas apenas caracterizar sua remoção como lícita ou ilícita (Arts. 3º e 13, “a”, da Convenção) e, no último caso, verificar se o retorno importa em grave risco para o seu bem estar (Art. 13, “b”, da Convenção).

4) Rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa “ad causam”, eis que a União age, na presente, em nome próprio, e na defesa de interesse próprio, de órgão da Administração Pública Federal Direta (Secretaria de Direitos Humanos), o qual ostenta a condição, nos termos do Art. 6º da Convenção, de instituição intermediária brasileira (denominada “autoridade central”), a quem cabe propor, portanto, a ação judicial necessária ao retorno da criança, *ex vi* da legitimidade *ad causam* que lhe foi conferida expressamente pelo Diploma Internacional em vigor (Arts. 7º, “f”, e Art. 11, da Convenção).

5) Rejeito a preliminar de incapacidade postulatória da AGU, eis que a instituição intermediária brasileira para cooperação internacional pertinente à Convenção em tela (Secretaria de Direitos Humanos) é órgão despersonalizado, cuja apresentação em Juízo incumbe ao ente ao qual pertence, dotado de personalidade jurídica. No caso, tal ente é precisamente à União, do que deflui a representação legal por seus Advogados, na forma da Lei Complementar 73/1993.

6) Rejeito a preliminar de falta de interesse de agir em razão da existência de ação em curso perante a Justiça Estadual brasileira tendo por objeto a guarda da criança de que trata a presente, porque o simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido

tomada ou venha a ser reconhecida pelo Estado requerido não poderá servir de base para a rejeição da ação de busca e apreensão (Art. 17 da Convenção).

Passo, agora, ao mérito, onde concluo que a UNIÃO não tem razão.

7) O objeto desta ação é a restauração de uma conduta denominada “remoção ilícita”, ou seja, no plano civil, o “seqüestro internacional” do menor, o qual se caracteriza pela lesão a direito de guarda ou de visita de terceiro (Art. 3º da Convenção).

8) No caso, a União representa a autoridade intermediária brasileira, o Estado requerente da última residência habitual é a República do Chile, e a alegada remoção ilícita foi praticada pela mãe e se deu em lesão ao suposto direito **de guarda** do pai sobre a locomoção da criança.

9) Esta ação é prevista em Convenção Internacional Processual. Sua finalidade é, portanto, restituir a criança ao País do Juiz Natural de sua guarda, assim considerados, pela Convenção, os Tribunais do País de última residência habitual da criança antes de sua remoção.

10) Como dito anteriormente, não se dispõe nesta ação sobre a guarda atual da criança, mas sobre o direito de guarda da criança no momento da remoção. Examina-se onde a criança residia habitualmente, e se houve a sua remoção ilícita.

11) As questões objeto de contenciosidade na busca e apreensão internacional de menor, portanto, são, apenas: a) o País Requerente não era o da residência habitual da criança antes da remoção; b) a remoção não foi ilícita (ou seja, no momento da remoção a guarda era exclusivamente de quem a removeu; c) a criança, na guarda do detentor lesado, correrá sério perigo; d) recusa da criança, se esta já tiver a capacidade especial (discernimento) para manifestar-se nesse sentido, aceita pelo Juiz.

12) Especificamente no caso presente, ademais, pode-se também dizer seguramente que estão ausentes os impeditivos constantes das letras “a”, “c” e “d” do nº 11 *supra*.

13) Quanto ao item “a” do nº 11 *supra*, a criança, no momento da remoção, residia na República do Chile (fls.34), não tendo a mãe descaracterizado, nem remotamente, tais fatos. A residência atual, ou mesmo o domicílio atual, no Brasil, da criança, de sua mãe, ou mesmo de ambas, não sanam eventual defeito de origem - a remoção ilícita, que será

oportunamente examinada - sendo irrelevante igualmente o tempo de permanência de ambas em nosso País. *A fortiori* se repelem as alegações sobre a menor, ou seus genitores, um ou ambos, serem brasileiros. Tais circunstâncias são totalmente irrelevantes para fins do deferimento do seu retorno a referido País, que era, efetivamente, o país da residência habitual da criança antes da remoção.

14) Quanto ao item “c” do nº 11 *supra*, normativamente, o Direito Chileno tem firme reputação no cenário internacional quanto aos direitos da criança, inexistindo, segundo nossa percepção geral das informações em circulação impressa ou eletrônica que nos chegam, notícia de normas lesivas aos interesses fundamentais das crianças. E, subjetivamente, a mãe, por sua vez, não comprova que o pai represente qualquer ameaça à filha. Pelo contrário, a presunção legal, até prova em contrário, é a do vínculo afetivo.

15) Quanto ao item “d” do nº 11 *supra*, no caso, a menor não está em idade de discernir para expressar recusa nos termos do Art. 13, § 2º, da Convenção, pois tem hoje apenas 05 anos completos (fls.165).

16) Porém, para saber se existe a presença ou não do impeditivo o item “b” do nº 11 *supra*, deve-se determinar quem tinha o direito de guarda sobre a criança no momento da remoção. O conhecimento desta matéria não é defeso, pela Convenção, ao País Requerido. Ao contrário, faz-se imprescindível determinar a quem competia a guarda da criança no momento da remoção, a fim de que se possa determinar se a remoção foi, ou não, um seqüestro civil.

17) Isto posto, vemos agora um problema de DIPr a resolver, e este consiste na determinação da lei aplicável à guarda da criança no momento da remoção. Sem margem de dúvida, no caso, é a Lei Chilena, e tal deflui dos termos expressos do Art. 3º, “a”, da Convenção. Nesse contexto, é irrelevante se o direito de guarda é disciplinado de forma diferente no Estado Requerido. O que importa é saber, se, de acordo com o direito do Estado Requerente (no caso, o Chile), o pai tinha a guarda do filho. Ainda que não fosse pela norma citada, também a LICC, Art. 7º, *caput*, aplicada aqui na situação temporal relevante (o momento da remoção) determina que a regência do direito de família da criança se desse pelo direito de seu domicílio, o qual era, antes da remoção, o Chile, vedado o reenvio da matéria ao direito brasileiro, seja nos termos da Convenção, pelo princípio geral da proibição de reenvio no DIPr Convencional, seja nos termos expressos do DIPr interno (Art. 16 da LICC).

18) Isto posto, de acordo com a Lei Chilena, a guarda competia, no momento da remoção, com exclusividade, à mãe. Vamos aos fatos nos quais este Juízo fundamenta esta conclusão.

19) Os pais da criança não eram casados, e a criança não nasceu em seio matrimonial. Tal fato resulta da qualificação da filiação como não matrimonial pela própria autoridade chilena (fls.34).

20) Os pais da criança eram separados. E a criança residia, no Chile, exclusivamente com a mãe. Tal fato não é menos incontroverso. A criança não compartilhava residência com o pai, diz a petição inicial desta ação (fls.7).

21) **A criança tinha guarda materna, de acordo com o direito chileno.** Diz o Art. 245 do CCChile: “Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al Art. 225. Sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad. Se aplicará al acuerdo o a la sentencia judicial, las normas sobre subinscripción previstas en el Art. precedente.” E, à sua vez, diz o Art. 225 do CCChile: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”

22) Traduzo livremente os trechos relevantes das normas aplicáveis ao caso, considerada sempre a regra *tempus regit actum*, ou seja, conforme a redação no momento da remoção da criança para o Brasil. Diz assim o CCChile, Art. 245: “Se os pais vivem separados, o poder familiar será exercido por aquele que tenha como encargo o cuidado pessoal com o filho, de conformidade com o Art. 225.” E diz o CCChile, Art. 225: “Se os pais vivem separados, à mãe toca o cuidado pessoal com os filhos.”



23) Assim, refuto a tese autoral no sentido de que o 224 do Código Civil do Chile trata do direito de guarda e atribui ao pai portanto direito ao retorno da criança a seu país de residência. São, ao contrário, os **Arts. 245 e 225 do mesmo Código** que asseguram à mãe, que exerce seus deveres pessoais relativamente aos filhos, a **guarda exclusiva dos mesmos**, ou seja, porque os têm em companhia, protege-os e assiste-os pessoalmente.

24) Sabemos que os direitos patrimonial (alimentos, assistência material) e pessoal (guarda, companhia, cuidados, assistência pessoal) de família diferem iniludivelmente. Isto posto, o fato é que a mãe, detentora da guarda exclusiva da criança de acordo com a Lei do Chile, ao removê-la para o Brasil, **não realizou remoção ilícita**, se segundo a orientação materna aqui preferiu viver, trabalhar, e continuar a cuidar de sua filha.

25) Por tudo, a presente ação não prospera, ausentes os fundamentos para a restituição nos termos do Art. 8º da Convenção (assegurar a **guarda** paterna), ressalvado à UNIÃO, baseada em oportuna prova do direito de **visita** do pai para com a filha (decisão judicial, direito ex lege, ou acordo), renovar o pedido, nos termos do Art. 21 da Convenção.

## DISPOSITIVO

Julgo IMPROCEDENTE O PEDIDO. Extingo o processo com julgamento do mérito, nos termos do Art. 269, I, do CPC.

Custas *ex lege*. Condeno a União em honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa.

Sentença sujeita a reexame necessário.

Transitada em julgado, indique a Defensoria Pública a destinação pública, com o código da receita para conversão, da verba honorária.

Oportunamente, dê-se baixa e arquivem-se os autos.

P. R. I.

**ADRIANO SALDANHA GOMES DE OLIVEIRA**

Juiz Federal Substituto - 23ª Vara Federal



# DESAPARECIMENTO DE CIDADÃO BRASILEIRO DURANTE A REPRES- SÃO ARGENTINA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS

Alfredo França Neto  
Juiz Federal da 30ª Vara

A questão envolve o desaparecimento do cidadão brasileiro Francisco Tenório Cerqueira Júnior, no dia 19 de março de 1979, na cidade de Buenos Aires, e a responsabilidade da União no episódio. O acolhimento parcial do pedido (a exceção diz apenas ao *quantum* da reparação pelos danos morais) funda-se no comprovado imobilismo das autoridades diplomáticas e militares brasileiras no episódio, ao menos, no que se refere à busca efetiva por informações acerca do paradeiro e do destino do nacional desaparecido. Outrossim, a prova da cooperação entre as autoridades militares dos dois países afasta os argumentos de que a perturbação da ordem interna na Argentina, ante a iminência do Golpe Militar de 1979, constitui óbice ao curso normal das negociações diplomáticas. E, ainda, que assim não fosse, impõe-se ao Estado Soberano a proteção e a defesa do seu nacional, a par das eventuais adversidades político-estruturais.

## AÇÃO ORDINÁRIA

PROCESSO Nº 97.0072254-6

AUTORES: CARMEM MAGALHÃES TENÓRIO CERQUEIRA E OUTROS

RÉU: UNIÃO FEDERAL

## SENTENÇA - TIPO A

Vistos etc.

CARMEM MAGALHÃES TENÓRIO CERQUEIRA, MARGARIDA MARIA TENÓRIO CERQUEIRA, FRANCISCO TENÓRIO CERQUEIRA NETO e ELISA ANDREA TENORIO CERQUEIRA, qualificados na inicial e inscritos no CPF sob os nºs 63.720.247-15, 255.143.308-85, 994.386.907-60, e 069.610.347-80, propõem esta Ação Ordinária em face da UNIÃO FEDERAL porque objetivam o pagamento da indenização pelos danos materiais, a calcular com base nos 2/3 (dois terços) correspondente aos prováveis rendimentos de Francisco Tenório Cerqueira Júnior, pelo tempo da sua sobrevida, e o pagamento da

indenização por danos morais, no valor que arbitrar o Juízo, no valor não inferior àquele que se estabelece a título da reparação material.

Alegam, em síntese, como causa de pedir a prestação jurisdicional, que, apesar da comunicação dos companheiros de viagem sobre o desaparecimento de Francisco Tenório Cerqueira Júnior à Embaixada Brasileira, e da presença do Serviço Nacional de Informações no Território Argentino, não adotam as Autoridades diplomáticas e militares brasileiras as medidas necessárias à busca do nacional desaparecido e nem à sua defesa, como também se quedam omissas em relação ao seu dever de comunicar à família as notícias que lhes transmite, por ofícios, a Armada Argentina, sobre a prisão, a morte e a disponibilidade do cadáver para a repatriação. Somente com a divulgação, pelo Governo da República Argentina, dos nomes dos brasileiros mortos pela repressão, é que se conhece, afinal, o destino de Tenório Júnior.

Inicial com os Documentos de fls. 12/29 e recolhidas as custas (fls. 30 e 33).

Indefere-se o pedido da Antecipação dos Efeitos da Tutela (fls. 38), que se requer às fls. 35/37.

Ao contestar o feito, às fls. 41/46, argüi a União, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva ad causam. No mérito, aduz a ocorrência da prescrição quinquenal e pugna pela improcedência do pedido Autoral.

Junta a União os Documentos de fls. 50/56.

Réplica às fls. 59/64.

Junta o Secretário-Geral das Relações Exteriores os Documentos de fls. 92/123, 127/138 e 148/149.

Carta Precatória devidamente cumprida às fls. 311/358.

Memoriais pelos Autores às fls. 383/388.

Manifestação da União às fls. 391/392.

Noticiam os Autores o reconhecimento da responsabilidade da União pela Comissão Especial, de que trata a Lei 9.140/04.

É o Relatório. D E C I D O.

Rechaço, desde logo, a questão preliminar que suscita a União, porquanto incumbe ao Estado a proteção do seu nacional, onde quer que este se encontre, de tal sorte que o fato de o desaparecimento de Francisco Tenório Cerqueira Júnior ocorrer no Território Argentino, não se presta a excluir a responsabilidade da União, ao menos no que se refere aos esforços necessários à apuração dos fatos.

Outrossim, uma vez que a questão tratada nestes autos refere-se, em última análise, à violação aos direitos humanos, mais especificamente, à dignidade da pessoa humana, não se há que falar no decurso do prazo prescricional, porquanto não estabelece a Constituição Federal qualquer lapso temporal ao direito de agir inerente ao direito inalienável à dignidade.

Dito isto, cumpre fixar primeiramente que não controvertem as partes acerca do desaparecimento de Francisco Tenório Cerqueira Júnior, no Território Argentino, e nem da sua condição de cidadão brasileiro.

Também não se questiona o reconhecimento, pelo Governo da República Argentina, quanto à sua parcela da responsabilidade pelo desaparecimento de Tenório Júnior, inclusive com o pagamento da indenização, como se apura pelos Documentos de fls. 99/101.

Tal fato, no entanto, não tem o condão de afastar o inarredável dever do Estado Brasileiro de proteger o seu nacional, que desaparece na madrugada de Buenos Aires, no momento extremamente conturbado na história daquele País, sem que dele se tenha qualquer notícia por mais de vinte anos. Ao contrário, daí exsurge o dever de agir do Estado Democrático de Direito, do qual são fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 2º, II e III, da CF/88).

No caso concreto, a violação à dignidade da pessoa humana ocorre no momento em que o Estado não protege, como deve, os seus nacionais, e não atua eficientemente, quando menos, na busca das informações sobre o paradeiro e o destino de Tenório Júnior, e deixa sem qualquer notícia a sua família, ao longo de mais de vinte anos.

Saliente-se que, não obstante tratar-se de época conturbada, não apenas naquele País, mas em toda a América Latina, por conta das sucessivas sublevações da ordem interna com a ruptura da ordem institucional vigente e a tomada do Poder pelas Forças Armadas, a exemplo do Golpe Militar de 1976 e a derrubada do Governo de Isabelita Perón, tal estado de comoção interna não implica na impossibilidade de os representantes diplomáticos e militares do Brasil envidarem esforços para a busca eficaz por informações sobre Tenório Júnior.

Ora, é justamente em razão do cenário político da época, que o desaparecimento do cidadão brasileiro, cuja imediata notícia às Autoridades competentes não renega a União, por si só, já é suficiente para fazer presumir a sua indevida detenção, se não para a indigitada “sessão de torturas”, a que se refere a União às fls. 45, ao menos, para as eventuais averiguações de praxe, que, como se sabe, no mais das vezes, culmina na prática dos métodos cruéis e desumanos de obtenção das “confissões”, que justificam a prisão e a morte dos elementos “subversivos”.

Após esta breve digressão, passo à análise dos Documentos constantes destes autos, uma vez que sustenta a União, dentre outros argumentos, a ausência da prova da comunicação oficial entre a Embaixada Brasileira e a Armada Argentina, a lastrear a assertiva Autoral acerca da ciência, pelas Autoridades Brasileiras, sobre o paradeiro e o destino de Tenório Júnior.

Quanto ao ponto, tenho que não se pode exigir dos Autores a “prova diabólica”, consubstanciada no protocolo do recebimento das correspondências, que trocam as referidas Autoridades, ante a absoluta impossibilidade da sua produção. Mais acertado é se desincumbir a União de tal ônus.

Não obstante, nesta linha de raciocínio, à vista do Telegrama que envia a Embaixada do Brasil, em Buenos Aires, para a Secretaria Geral de Relações Exteriores, aonde se afirma que *“não constam nos maços da Embaixada os Ofícios da Armada Argentina, datados de 20 e 25 de março de 1976, mencionados no DESPTTEL 699. Cabe assinalar que parte dos arquivos da Embaixada anteriores a 1989, aproximadamente, se encontra deteriorada pelo tempo e pela má conservação, com a existência de falhas bastante notáveis, inclusive no período em questão. Os livros do Protocolo-Geral de entrada existentes no arquivo começam em outubro de 1976. Da correspondência de telegramas com a Secretaria de Estado consta o Tel 1008, expedido em 25/03/76, que, transmite referências de imprensa a “atividades ligada aa subversão”. Nesse expediente consta a denúncia “pelo poeta e compositor brasileiro Vinicius de Moraes da desapareção nesta Capital desde 19/03 corrente do pianista brasileiro Tenório Jr.”. Curiosamente a data do Golpe Militar da Argentina coincide com uma das datas citadas no DESPTTEL 699 para os Ofícios da Armada Argentina aa Embaixada sobre aquele cidadão brasileiro.”*, forçoso concluir que, se a própria Ré, que tem o dever de guarda destes Documentos, não pode fazer a prova do recebimento junto à Embaixada Brasileira, porquanto somente a partir de outubro de 1976 é que há registros de tais operações, como se pode exigir dos Autores tal comprovação?

Mas, ainda que se demonstre o efetivo recebimento das correspondências secretas, como consta nos Documentos de fls. 23 e 24, pela Embaixada Brasileira, tal fato não se presta a afastar a responsabilidade da Ré na condução do episódio.

É que, apesar dos argumentos que expende na sua peça de reforço, em momento algum questiona a União a autenticidade dos Documentos que junta a parte Autora, daí presumir-se a sua veracidade.

Assim, conforme a expressa referência no Documento de fls. 23, vislumbra-se a efetiva cooperação entre os agentes do Serviço Nacional de Informações do Brasil

e as Autoridades estrangeiras, inclusive para os efeitos das informações dos agentes brasileiros, à Central da sua Base no Brasil, sobre o interesse das Autoridades argentinas em colaborar na identificação e nas informações sobre a pessoa do brasileiro “detenido” - detido, Francisco Tenório Júnior. Na oportunidade, comunica-se, ainda, que não há pedido do Brasil no sentido da captura deste cidadão (fls. 23).

Não bastante, no Documento de fls. 29 consta a relação dos agentes do Serviço Nacional de Informações do Governo da República Federativa do Brasil, que autoriza a Armada Argentina a realizar as operações dentro da zona de segurança da Capital da Argentina, em conjunto com os seus próprios agentes.

Ora, ainda que se discuta o recebimento, pela Embaixada Brasileira, da correspondência de fls. 24, em que a Armada Argentina informa ao Embaixador da República Federativa do Brasil na República Argentina sobre a detenção e o falecimento de Tenório Júnior, à míngua de qualquer discussão sobre a autenticidade do Documento de fls. 23, como se ressalta anteriormente, há evidências, que não se refuta, quanto à efetiva cooperação entre os agentes da Inteligência dos dois Países.

Incabível, portanto, sob o fundamento das dificuldades próprias da época, das condições político-jurídicas inerentes às relações diplomáticas dos Estados Soberanos, ou, ainda, da “crise constitucional” vigente na Argentina (fls. 45), invocar-se a impossibilidade da busca por informações sobre Tenório Júnior ou a inviabilidade das tratativas, neste sentido, junto às Autoridades estrangeiras competentes, mormente quando não se elide a estreita colaboração entre os Governos dos dois Países, através dos seus respectivos agentes, como demonstram os mencionados Documentos.

E, ainda que assim não fosse, sequer merece discussão o fato de incumbir ao Estado a defesa do seu nacional, razão por que as adversidades não podem constituir óbice ao exercício da Soberania. As circunstâncias internas adversas não podem implicar na inviabilidade das relações exteriores, motivo por que se há de superar, pelas vias diplomáticas, todas as dificuldades conjunturais que possam prejudicar o curso normal das relações internacionais, que travam os Estados Soberanos.

No caso, somente à inércia das Autoridades brasileiras é que se pode atribuir a ausência de qualquer notícia sobre Tenório Júnior durante os mais de vinte anos, que se conta desde o seu desaparecimento, no dia 19 de março de 1976, em Buenos Aires, até a data da efetiva notícia da sua morte, que somente ocorre no ano de 1997, mormente quando se demonstra a existência da rede de informações internacionais e do auxílio mútuo entre os Militares Brasileiros e os Argentinos, o que permite, inclusive, admitir que a cooperação também se estende aos representantes diplomáticos dos dois Países.

É que, à míngua de qualquer outro Documento para fazer a prova no sentido contrário, resta incontroverso que, durante todos esses anos, a atuação do Consulado Brasileiro em Buenos Aires resume-se aos dois expedientes, dos dias 22 e 31 de março de 1976, apesar de o Ofício de fls. 50/52 fazer menção ao “*empenho das autoridades brasileiras, conforme pode ser comprovado nos anexos telegramas datados de 22.3, 30.03 e 31.03.76, localizados nos arquivos deste Ministério...*”. E mais não há.

Ora, o cidadão Tenório Júnior desaparece na madrugada de Buenos Aires, no dia 19.03.76, a família e os amigos comunicam o fato à representação diplomática brasileira naquele País, na época da inequívoca comoção interna, por conta da iminência do Golpe Militar e da derrubada do Governo, e a diligente atuação das Autoridades brasileiras limita-se aos dois ou três expedientes, durante os mais de 20 (vinte) anos que transcorrem desde então! Salta aos olhos a inação, o torpor que assola a representação Brasileira no Território estrangeiro, e que, vale salientar, não se restringe ao período imediatamente posterior aos fatos, mas persiste até a data efetiva do reconhecimento, pela República Argentina, da existência das vítimas do que chama a “guerra suja”, conforme a correspondência para a Embaixada do Brasil em Buenos Aires, às fls. 99.

Demonstrada, que está, a omissão das Autoridades Brasileiras na defesa do cidadão brasileiro Francisco Tenório Cerqueira Júnior, ou, quando menos, na busca mais eficaz por informações sobre o seu paradeiro ou o seu destino, exsurge o dever da compensação pela angústia e pelo sofrimento que a passividade dos representantes diplomáticos e militares da Ré, diante da situação, causa à sua mulher e aos seus filhos, não somente a título dos danos morais, inquestionáveis, como também em razão das agruras materiais, que a falta injustificada e prematura do provedor, por certo, causa aos Autores. Cumpre perquirir, apenas, o valor da condenação que se impõe à União.

No que se refere à reparação pelos danos materiais, acolho o pedido Autoral para fixar este valor na proporção dos 2/3 (dois terços) dos prováveis rendimentos de Francisco Tenório Cerqueira Júnior, pelo período de 29 anos, que se conta desde o seu desaparecimento, aos 36 anos, e até os 65 anos, que corresponde à sobrevida média do homem brasileiro, como se apurar na liquidação por artigos, monetariamente atualizados pela Tabela dos Precatórios da Justiça Federal, e acrescidos dos juros de 1% (hum por cento) ao mês, a contar da citação até 11/01/03, a partir de quando incidem os juros na forma do art. 406, do CC/02.

Ressalva-se, no entanto, a compensação com os valores que eventualmente recebem da República Argentina, a título da indenização, e do Governo Brasileiro, por força das disposições da Lei 9.140/95, como se apurar na fase da execução do julgado.



Em relação aos danos morais, sabe-se que não é possível a sua fixação em quantia vil, que não atenda sequer ao seu fim compensatório, e nem que se transforme em fonte de enriquecimento sem causa justa. Ao arbitrar *quantum* impõe-se ao Magistrado agir com prudência e moderação, o que ora faço com supedâneo na Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema, e na regra inserta no art. 11, § 1º, da Lei 9.140/95.

Assim, fixo para cada um dos Autores a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), que paga a União a título da compensação pela dor e sofrimento que experimentam com a ausência de qualquer notícia do seu marido e pai, durante mais de vinte anos. Sobre este valor incide a atualização monetária, conforme a Tabela dos Precatórios da Justiça Federal, e os juros de 1% (hum por cento) ao mês, a contar do trânsito em julgado desta Decisão e até o efetivo pagamento.

Posto isto, na forma da fundamentação, JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, O PEDIDO para condenar a União a pagar aos Autores, a título da reparação pelos danos materiais, o valor correspondente aos 2/3 (dois terços) dos rendimentos prováveis de Francisco Tenório Cerqueira Júnior, no total de 29 (vinte e nove) anos, conforme se apurar na liquidação por artigos, devidamente atualizado, pela Tabela dos Precatórios da Justiça Federal, e acrescido dos juros de 1% (hum por cento) ao mês, a contar da citação até 11/01/03, e a partir daí, na forma do art. 406, do CC/02, ressalvada a compensação com os valores que se recebe do Governo da República Argentina, a título da indenização, e do Governo Brasileiro, por força do que reconhece a Lei 9.140/95.

Condeno, ainda, a Ré, a pagar a cada um dos Autores a importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), como forma da compensação pela angústia e pelo sofrimento, que lhes causa, devidamente atualizada, pela Tabela dos Precatórios da Justiça Federal, e acrescida dos juros de 1% (hum por cento) ao mês, a contar do trânsito em julgado desta Decisão e até o efetivo pagamento, como se apurar na liquidação do julgado.

Condeno, ainda, a União, haja vista que decaem os Autores da parte mínima do seu pedido, ao reembolso das custas judiciais e no pagamento dos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor total da condenação.

P. R. I.

Rio de Janeiro, em 11 de outubro de 2006.

**ALFREDO FRANÇA NETO**

Juiz Federal - 30ª VF



# DANOS MORAIS CAUSADOS PELA OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM PROMOVER ADAPTAÇÕES ARQUITETÔNICAS PARA ACESSO DE PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA NAS DEPENDÊNCIAS DE UNIVERSIDADE FEDERAL

Fábio Cesar dos Santos Oliveira  
Juiz Federal Substituto da 11ª Vara Federal

A Sentença abaixo, proferida nos autos do processo nº 2003.51.01.021336-2, examina o tratamento constitucional e legal conferido à pessoa portadora de deficiência física, bem como a legislação referente à adaptação dos espaços públicos para assegurar seu acesso. Observada a omissão de autarquia federal quanto à supressão de barreiras arquitetônicas em prédios de uso público, é analisado pedido para que seja paga indenização pelos danos morais suportados em razão dos obstáculos para ingresso nas dependências de universidade federal.

## ORDINÁRIA / OUTRAS

PROCESSO Nº 2003.51.01.021336-2

AUTOR: L.R.C.\*

RÉ: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ

## SENTENÇA - TIPO A

Vistos os autos.

## I - RELATÓRIO

L.R.C., qualificado na petição inicial de fls. 02/10, propõe ação, sob o rito comum ordinário, em face da UFRJ, na qual pede que a parte ré seja condenada ao pagamento de reparação por danos morais no valor de R\$ 220.000,00 (duzentos e vinte mil reais). Sustenta ser portador de mielo displasia, com má formação congênita, tendo

---

\* Por decisão do juízo, foi omitido o nome do autor nesta sentença.

concluído o ensino médio e ingressado na UFRJ; que, apesar de a ré ter ciência da necessidade especial do autor desde sua aprovação no vestibular, o autor encaminhou uma carta à Reitoria, em 16.03.2000, informando a necessidade de adaptações para ter acesso à sala de aula, bem como para utilização dos banheiros, sendo também solicitada a alocação de vagas próximas ao prédio do Instituto de Microbiologia, bem como providências para equipamentos com altura adequada para outros espaços, tal como a Biblioteca. Afirma que, em correspondência interna, de 18.04.2000, o Diretor do Instituto de Microbiologia e o Reitor da UFRJ autorizaram e pediram urgência na execução do projeto, mas tal pedido não logrou êxito; que apesar da aprovação do projeto do elevador, o mesmo encontrava-se parado na Prefeitura da Universidade; que encaminhou nova correspondência datada de 12.09.2000, tendo sido confirmado o descaso em memorando interno de 19.09.2000 em virtude do projeto encontrar-se desde o início do ano no Escritório de Projetos sem o cálculo estrutural.

02. Alega que, para ingressar no prédio, o autor precisava sempre da ajuda de três pessoas, necessitando chegar mais cedo em busca de voluntários; que em algumas ocasiões, no final do expediente, via-se sozinho no laboratório, no terceiro piso, pedindo ajuda a colegas por telefone; que seus experimentos eram perdidos por não poder perceber as reações químicas no manuseio dos tubos em razão da localização da bancada; que as vagas para deficientes não foram providenciadas. Assevera que, em 18.09.2001, por meio de uma correspondência por fax, encaminhara ao Escritório de Planejamento da UFRJ o nome da empresa vencedora da licitação do elevador e de seu contato para o fornecimento; que em correspondência datada de 03.01.2002 foi solicitada autorização para uma nova licitação e na mesma foi autorizada; que conseguiu um banheiro adaptado no andar de sua sala de aula; que através do Coordenador do curso solicitou a colocação no posto do Banco do Brasil de um caixa eletrônico para deficientes, bem como a demarcação de vaga para veículo; que também reivindicou a instalação de um orelhão adaptado próximo ao Instituto de Microbiologia; que reiterou o pedido de providências, em 21.03.2003, solicitando a disponibilização de duas pessoas para poder movimentar-se entre os laboratórios; que conseguiu o caixa eletrônico adaptado e a demarcação de vaga para deficiente foi agilizada através de contato direto com a CET-RIO; que o orelhão adaptado foi instalado num prédio próximo.

03. Instrumento particular de mandato à fl. 12. Documentos carreados aos autos às fls. 13/46.

04. Deferida a gratuidade de justiça à fl. 47.

05. Contestação apresentada pela UFRJ, às fls. 53/63, aduzindo ser inaplicável ao caso a responsabilidade objetiva prevista pelo art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988, em virtude de o fundamento de o dano moral ser a omissão da ré em prover o autor

de meios de locomoção e para cursar a faculdade sem depender de terceiros ou sofrer humilhações, tratando-se, assim, de hipótese de responsabilidade subjetiva; que inexistente fato específico imputado à ré, inexistindo prova de culpa da Administração.

06. Manifestação do demandante, acostada às fls. 67/73, em réplica às alegações deduzidas na resposta da Ré.

07. Ausência de manifestação da parte autora quanto as provas a serem produzidas (fls. 74/75). Pela parte ré foi requerida a juntada de documentos supervenientes (fls. 78/80).

08. Documentos juntados aos autos às fls. 87/88.

09. Vieram os autos conclusos para sentença em 27 de julho de 2005.

10. É o Relatório. Passo a decidir.

## II - FUNDAMENTAÇÃO

### II.1 - MÉRITO

#### II.1.1 - Da responsabilidade civil da UFRJ

11. A responsabilidade civil do Estado, a teor do art. 37, §6o, da Constituição da República de 1988, é informada pela teoria do risco administrativo, ensejando-se, por conseguinte, o dever de reparação ao lesado se configurados os seguintes pressupostos: a existência de ato lesivo praticado por agente público em decorrência de suas atribuições; dano material ou moral suportado; nexo de causalidade entre o *eventus damni* e o comportamento positivo do agente público e a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (cf. RTJ 55/503, RTJ 71/99, RTJ 91/377, RTJ 99/1155, RTJ 131/417). Contudo, omitindo-se o Estado, a sua responsabilização civil deverá estar fundada em ato ilícito, consubstanciado em negligência, imprudência ou imperícia, que estão intrinsecamente associadas a uma conduta culposa que não requer, todavia, a individualização do responsável pelo não-agir pertinente, bastando que a atuação estatal reclamada fosse exigível a ponto de ter-se por injustificada a omissão. Neste sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal em julgamento do RE 369.820-RS (Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 27.02.2004):

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, “D.J.” de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido.

12. Em apoio a este entendimento, trago à colação passagem da lição de **Celso Antônio Bandeira de Mello** (Curso de Direito Administrativo, 17ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 95/896):

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência, imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

13. Na presente demanda, verifica-se que diversos foram os requerimentos formulados pelo autor a fim de que lhe fossem garantidas condições de acesso à universidade, havendo omissão da Administração ao longo de anos, tendo tão-somente, ao final da instrução

processual, em 25.02.2005, juntada a informação de que foi aprovado o Projeto Básico com a planta de situação de elevador e o processo de instalação de um elevador no Instituto de Microbiologia (fls. 87/88).

14. O Constituinte Originário definiu, no art. 227, § 2º, regra prevendo que lei disporia sobre normas de construção de logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. A fim de dar eficácia a tal dispositivo constitucional, foi promulgada a Lei nº 7.853/89, dispondo sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, regulamentada dez anos após com o advento do Decreto nº 3.298/99, prevendo:

Art. 52. A construção, ampliação e reforma de edifícios, praças e equipamentos esportivos e de lazer, públicos e privados, destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis à pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida. Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, na construção, ampliação ou reforma de edifícios, praças e equipamentos esportivos e de lazer, públicos e privados, destinados ao uso coletivo por órgãos da Administração Pública Federal, deverão ser observados, pelo menos, os seguintes requisitos de acessibilidade:

I - nas áreas externas ou internas da edificação, destinadas a garagem e a estacionamento de uso público, serão reservados dois por cento do total das vagas à pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida, garantidas no mínimo três, próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas e com as especificações técnicas de desenho e traçado segundo as normas da A.B.N.T.;

II - pelo menos um dos acessos ao interior da edificação deverá estar livre de barreiras arquitetônicas e de obstáculos que impeçam ou dificultem a acessibilidade da pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida;

III - pelo menos um dos itinerários que comuniquem horizontal e verticalmente todas as dependências e serviços do edifício, entre si e com o exterior, cumprirá os requisitos de acessibilidade;

IV - pelo menos um dos elevadores deverá ter a cabine, assim como sua porta de entrada, acessíveis para pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida, em conformidade com norma técnica específica da A.B.N.T.; e

V - os edifícios disporão, pelo menos, de um banheiro acessível para cada gênero, distribuindo-se seus equipamentos e acessórios de modo que possam ser utilizados por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Art. 53. As bibliotecas, os museus, os locais de reuniões, conferências, aulas e outros ambientes de natureza similar disporão de

espaços reservados para pessoa que utilize cadeira de rodas e de lugares específicos para pessoa portadora de deficiência auditiva e visual, inclusive acompanhante, de acordo com as normas técnicas da A.B.N.T., de modo a facilitar-lhes as condições de acesso, circulação e comunicação.

Art. 54. Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, no prazo de três anos a partir da publicação deste Decreto, deverão promover as adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas existentes nos edifícios e espaços de uso público e naqueles que estejam sob sua administração ou uso.

15. Posteriormente, com o advento da Lei nº 10.098/00, uma vez mais foi determinada a implantação de facilitação de acesso aos deficientes físicos, preconizando-se, ainda, destinação de dotação orçamentária anual com a finalidade de serem realizadas as adaptações necessárias, que deveriam ser realizadas a partir do primeiro ano de vigência daquela norma:

Art. 11. A construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, na construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser observados, pelo menos, os seguintes requisitos de acessibilidade:

I - nas áreas externas ou internas da edificação, destinadas a garagem e a estacionamento de uso público, deverão ser reservadas vagas próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoas portadoras de deficiência com dificuldade de locomoção permanente;

II - pelo menos um dos acessos ao interior da edificação deverá estar livre de barreiras arquitetônicas e de obstáculos que impeçam ou dificultem a acessibilidade de pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida;

III - pelo menos um dos itinerários que comuniquem horizontal e verticalmente todas as dependências e serviços do edifício, entre si e com o exterior, deverá cumprir os requisitos de acessibilidade de que trata esta Lei; e

IV - os edifícios deverão dispor, pelo menos, de um banheiro acessível, distribuindo-se seus equipamentos e acessórios de maneira que possam ser utilizados por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Art. 12. Os locais de espetáculos, conferências, aulas e outros de natureza similar deverão dispor de espaços reservados para pessoas



que utilizam cadeira de rodas, e de lugares específicos para pessoas com deficiência auditiva e visual, inclusive acompanhante, de acordo com a ABNT, de modo a facilitar-lhes as condições de acesso, circulação e comunicação.

(...)

Art. 23. A Administração Pública federal direta e indireta destinará, anualmente, dotação orçamentária para as adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas existentes nos edifícios de uso público de sua propriedade e naqueles que estejam sob sua administração ou uso.

Parágrafo único. A implementação das adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas referidas no caput deste artigo deverá ser iniciada a partir do primeiro ano de vigência desta Lei.

16. Em que pesem as restrições orçamentárias e as múltiplas urgências sociais próprias a uma sociedade iníqua onde a distribuição de renda díspar reflete histórico descaso em promover ações favoráveis à efetiva construção de um Estado Democrático de Direito, deve ser aferido se houve descumprimento de dever legal imposto ao ente público para que reste assente a responsabilidade civil estatal por ato omissivo. Com efeito, a referência equívoca ao caráter programático de dispositivos constitucionais acaba por deturpar a compreensão da Constituição como norma jurídica que, distante de ser mero pacto político compromissório, é dotada de força cogente, devendo ser necessariamente vislumbrada como diretriz perene e inafastável à atuação do Poder Público. Cingindo-se ao debate travado pela doutrina nacional, vale destacar o abalizado magistério de **José Afonso da Silva** (Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 6ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 163-164), que, ao cuidar das condições da aplicabilidade das normas “constitucionais programáticas”, ensina que:

Como normas de eficácia limitada, sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária (a Constituição vigente, pelo menos nesse aspecto, foi sábia em não exigir a integração por meio de lei complementar, em sentido próprio), lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados. Muitas, contudo, podem ser aplicadas independentemente de lei, mas por meio de outras providências, como aquela que visa ao amparo da cultura pelo Estado.

Sendo também dotadas, ao menos, de um mínimo de eficácia, regem, até onde possam (por si, ou em coordenação com outras normas constitucionais), situações, comportamentos e atividades na esfera

de alcance do princípio ou esquema que contém, especialmente condicionando a atividade dos órgãos do Poder Público e criando situações jurídicas de vantagens ou de vínculo (...).

Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

I - estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II - condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III - informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

IV - constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

V - condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

VI - criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem, (...).

17. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do ROMS 9.613-SP (Primeira Turma, RSTJ 121, p. 56), examinou a sindicabilidade judicial do direito subjetivo extraído da norma constitucional positivada pelo art. 227, § 2º. Posto que longa, transcrevo passagem do voto condutor proferido pelo Exmo. Sr. Ministro José Delgado, no qual, após ser expendida fundamentação sobre o alcance dos direitos dos portadores de deficiências físicas, são articuladas as seguintes conclusões:

a) Enunciado n. 1: a Magna Carta de 1988, assim como toda a legislação regulamentadora, é clara e contundente em fixar condições obrigatórias à integração das pessoas portadoras de deficiências, seja física, mental ou sensorial auditiva e visual, na sociedade, a fim de tornar o espaço acessível a ela, eliminando barreiras físicas, naturais ou de comunicação, no equipamento e mobiliário urbano, nos edifícios e sua mobília, nas modalidades de transportes públicos que impeçam ou dificultem a livre circulação de qualquer pessoa, regras essas a serem observadas na construção de logradouros e dos edifícios de uso público, assim como nos já existentes;

b) Enunciado n. 2: vários municípios brasileiros - aqui destacado, para o caso em comento, o de São Paulo - já elaboraram leis disciplinadoras do art. 227, § 2º, da CF/88, c/c art. 244 das Disposições Constitucionais Gerais;

c) Enunciado n. 3: nos termos da própria Constituição Federal, a lei nova tem como limite a sua aplicação às situações jurídicas anteriores, já definidas à época de seu advento. Tal princípio é um direito garantido constitucionalmente e que encerra um preceito de ordem pública, que

se sobrepõe aos interesses privados e, mesmo, às situações jurídicas já constituídas. Todas as edificações existentes, destarte, estarão obrigadas a se adequar à nova regra, pois não há que se falar em direito adquirido diante de um preceito de ordem pública;

d) Enunciado n. 4: desenho de projetos arquitetônicos acessíveis, o qual enfatiza a integração das PPDs, tendo evoluído para o desenho universal, este priorizando a inclusão daqueles no seio da sociedade, entende que esta é composta por várias minorias, que nela existam pessoas com necessidades diferentes e que é preciso criar objetos, edifícios, espaços urbanos ou transportes que levem em consideração todas as pessoas;

e) Enunciado n. 5: segundo as normas brasileiras (NBR 9.050), espaço acessível constitui aquele que promova às pessoas portadoras de deficiência condições de alcance para sua utilização, com segurança e autonomia, de edificações, espaço, mobiliário e equipamentos urbanos, portanto, para ser atingido o objetivo da acessibilidade, necessita-se de diferentes arranjos do ambiente, de modo a permitir às pessoas usá-los de várias maneiras, tornando-se um espaço que as estimule e que elimine a frustração de vivenciar um espaço que as intimida;

f) Enunciado n. 6: a filosofia do desenho universal supõe desenhar para a adaptação de todas uma gama de capacidades ou habilidades das pessoas de uma sociedade, ou seja, implica não somente desenhar para a pessoa com deficiência, mas também para os idosos e crianças, levando-se em consideração as diferenças entre homens e mulheres, entre destros e sinistros;

g) Enunciado n. 7: deve-se abandonar a idéia de desenhar e projetar obras para homens perfeitos (Adônis), de beleza rara, quando a nossa sociedade é plural;

h) Enunciado n. 8: de acordo com a Organização Mundial de Saúde - OMS, em estatísticas feitas para países do primeiro mundo, em cada dez pessoas no mundo, há uma com deficiência física, mental ou sensorial auditiva e visual;

i) Enunciado n. 9: há de se procurar, o mais rápido possível, romper essas barreiras que causam à PPDs, direcionando os esforços pelo reconhecimento do direito e pela aplicação efetiva daquilo que foi conquistado constitucionalmente e pelas organizações públicas e privadas nas suas respectivas esferas. Exige-se, pois, a aplicação rigorosa dessa garantia fundamental, inclusive na reelaboração das leis existentes e dos casos omissos, de modo a garantir tais conquistas, para uma mais rápida adaptação das pessoas com deficiência na sociedade, de modo a incluí-las para que possam ter uma vida como outra pessoa qualquer, resguardando-se-lhes todos os direitos os direitos de cidadão.”

18. O não reconhecimento do caráter preceptivo da norma constitucional em comento e da legislação ordinária, que lhe foi subsequente, acarreta, como grave conseqüência, a destituição do significado constitucional conferido à proteção atribuída aos direitos dos portadores de deficiência. Antes de revelar a consubstanciação do princípio da isonomia, a adequação dos espaços públicos às dificuldades das pessoas portadoras de deficiências colmata exigência inarredável à dignidade da pessoa humana, compreendida quer como limite, quer como tarefa do Estado Democrático de Direito. O tratamento alheio e negligente às pessoas portadoras de deficiência, decorrente de interpretação da norma constitucional como meramente “programática”, frustra as esperanças do constituinte e representa sério risco ao ordenamento jurídico pátrio ao conceber a Lei Maior como norma cuja aplicação está ao alvedrio do legislador infraconstitucional, mormente por o ser art. 227, § 2º, regra positivadora de direito fundamental dotado de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º). Destituir a norma constitucional desta especial relevância conduz à concessão de reprovável beneplácito ao tratamento dos portadores de deficiência como cidadãos excluídos da esfera de concretização das promessas intrínsecas ao Estado Democrático de Direito.

19. O dever constitucional de adaptação dos locais para facilitar o acesso de portadores de deficiência física é confirmado, em sede infraconstitucional, pelas Leis n. 7.853/89 e 10.098/00, ressaltando-se que a própria Administração Pública Federal impôs a si o dever de, no prazo de três anos, a contar da publicação do Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, “promover as adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas existentes nos edifícios e espaços de uso público e naqueles que estejam sob sua administração ou uso” (art. 54). Os documentos coligidos nos autos pelo autor, aluno do curso de graduação em Microbiologia e Imunologia, entre o primeiro semestre de 2000 e o segundo semestre de 2003, demonstram os reiterados pleitos para que fosse sanada a omissão da autarquia federal a qual, no entanto, manteve-se inerte quanto ao cumprimento da diretiva legal e constitucional, ainda que instada diversas vezes a tanto pelo demandante e seus professores (fls. 28/46). Demonstrados o ato ilícito, concretizado pelo descumprimento do art. 227, § 2º, da Constituição da República de 1988, do art. 11, da Lei n. 10.098/00 e art. 52, do Decreto n. 3.298/99, caracterizado pela negligência da Universidade Federal do Rio de Janeiro que não adotou, em três anos a partir de 20 de dezembro de 1999, as medidas necessárias para adaptar, eliminar e suprimir as barreiras arquitetônicas existentes nos edifícios e espaços públicos utilizados pelo autor, portador de deficiência física, a despeito de ter plena ciência das dificuldades de locomoção enfrentadas por ele, bem como o nexu etiológico entre tal omissão e os danos morais suportados surge o dever de repará-los.

## II.1.2 - Dos danos morais

20. No que tange ao dano moral, em tese apresentada em concurso para a cátedra de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, **Maria Celina Bodin de Moraes**, à guisa de conclusão, acentuou que (Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327):

1. Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana- dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.
2. Circunstância que atinjam a pessoa em sua condição humana, que neguem esta sua qualidade, serão automaticamente consideradas violadoras de sua personalidade e, se concretizadas, causadoras de dano moral a ser reparado.
3. Não será, portanto, o sofrimento humano ou a situação de tristeza, constrangimento, perturbação, angústia ou transtorno, que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetarem a dignidade humana pela violação de um ou mais, dentre os substratos referidos.
4. Para que exista dano moral, não é preciso que se configure lesão a algum direito subjetivo da pessoa da vítima, ou a verificação de prejuízo por ela sofrido. A violação de qualquer situação jurídica subjetiva extrapatrimonial em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela jurídica, será suficiente para gerar a reparação.
5. A lesão à situação jurídica subjetiva protegida poderá decorrer da ação ou de omissão, por culpa ou por risco. A tutela da dignidade humana da vítima tem que significar a mais ampla proteção da pessoa. No entanto, com relação à culpa levíssima, será permitido ao juiz ponderar: a exigência de cuidados excepcionais e diligência incomum ofereceriam um forte incentivo à chamada “indústria do dano moral”, além de, do ponto de vista da consciência coletiva, contribuir significativamente para o incremento do processo de vitimização social.

21. De fato, conforme antes assinalado, a inércia administrativa, que obrigou o demandante a submeter-se a situações de desconforto e de dependência da ajuda alheia para locomover-se na faculdade que cursava, sobrepuja juízos sobre os transtornos emocionais cotidianos, porquanto atinge de forma direta a dignidade humana. Ademais, assente o dissabor psicológico emocional causado, revela-se despreciosa a produção de prova relacionada à extensão do dano moral sofrido (cf. STJ, RESP 196024-MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 02.08.1999; RESP 145.297-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 14.12.1998).

22. Definida a responsabilidade civil do Estado e delineado o dever de reparação, há que se destacar que a indenização por danos morais “deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato” (STJ, RESP 245.727-SE, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 05.06.2000). Não obstante a indenização a ser fixada não seja capaz de traduzir o inexpugnável dissabor psicológico sofrido, sendo de balde qualquer incursão sobre a extensão do sofrimento suportado, faz-se mister adotar certas balizas para que a definição do valor da indenização não consubstancie exercício arbitrário da tutela jurisdicional.

23. Na presente demanda, reputo relevantes as dificuldades de acesso ao espaço de ensino vivenciadas pela parte autora, capazes de prejudicar seu aprendizado e de lhe impor expressivo sofrimento ao condicionar sua locomoção à vontade de colegas e servidores que, em número mínimo de três, tinham que carregar cadeira de rodas para acesso aos andares superiores, além dos óbices para acesso aos banheiros públicos e meios de comunicação. Contudo, jungida a Administração Pública ao princípio da legalidade (art. 37, caput, da Constituição da República de 1988), o caráter punitivo e pedagógico da reparação de danos morais perde vulto. Destarte, traçados tais parâmetros, fixo a indenização no valor de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) por ano de inércia da ré em dar cumprimento ao disposto na Lei nº 10.098/00, durante o curso de graduação do autor, totalizando, em quatro anos, o montante de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

### III - DISPOSITIVO

25. Posto isso, **julgo procedente em parte o pedido**, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, para condenar a Universidade Federal do Rio de Janeiro a pagar a indenização, por danos morais, correspondente ao valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), atualizados monetariamente, pelos índices utilizados para correção monetária de precatórios na Justiça Federal, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento), desde 31 de dezembro de 2003 (conclusão do curso de graduação).

26. Considerando a inexistência de sucumbência da parte autora, a teor do disposto no enunciado nº 326, da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, condeno a ré ao ressarcimento das custas, despesas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, em obediência aos parâmetros fixados pelo § 3º do mesmo dispositivo legal.

27. Sentença sujeita à remessa necessária ao E. Tribunal Federal da 2ª Região.

28. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Rio de Janeiro, 08 de junho de 2006.

**FÁBIO CESAR DOS SANTOS OLIVEIRA**

Juiz Federal Substituto





# FRAUDE À LEI EM CONTRATO DE EMPRÉSTIMO POPULAR

Roberto Gil Leal Faria

Juiz Federal Substituto do 2º Juizado Especial de Vitória/ES

A figura do “dador em garantia de pagamento”, em contratos atípicos de garantia de empréstimos de pequena monta junto a CEF, representa fraude ao instituto do benéfico de ordem, característico do contrato típico de fiança.

## JUIZADO / OUTRAS

PROCESSO Nº 2005.50.50.008830-0

AUTOR: PAULO HENRIQUE PINHEIRO MENDONÇA

RÉ: CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

## SENTENÇA - TIPO A

Relatório dispensado nos termos da legislação.

A matéria é unicamente de direito. Como as provas são direcionadas ao livre convencimento do Magistrado, dispense a produção de outras provas além daquelas já existentes nos autos, pois já me encontro em condições de sentenciar este feito. Assim, por entender desnecessária a oitiva de testemunhas bem como do depoimento pessoal das partes, deixo de efetivar Audiência de Instrução e Julgamento.

Analiso a preliminar de falta de interesse quanto ao pedido de exclusão do nome do autor do SPC. Efetivamente concordaria com a CEF no sentido de que o autor não teria mais interesse no pedido, se a CEF confirmasse que seu nome não mais se encontra em tal cadastro. Não obstante, a Empresa Pública afirmou de forma genérica que, como o convênio com o SPC foi suspenso, o nome do autor teria sido retirado (folhas 107). Assim, se a suspensão acabar, há forte probabilidade de que a inscrição retorne. Creio, portanto, que o autor tem interesse no prosseguimento do feito, buscando a certeza da liberação de seu nome do mencionado cadastro. Logo, indefiro a preliminar.

Analiso, agora, o pedido de citação da co-devedora na qualidade de litis-consorte necessária. O pedido em tela se refere a um possível dano pela inscrição do autor no SPC/SERASA. Embora tal fato tenha sido oriundo do contrato de empréstimo

pactuado entre a co-devedora, o autor e a CEF, o dano questionado não se refere à dívida do contrato em si, mas a uma falha na execução da garantia do mesmo (o autor era o garante). O possível fato danoso não tem vinculação com a obrigação da co-devedora a ponto de exigir sua presença nos autos, pois a coisa julgada a ser produzida nesta lide não afetará a relação obrigacional entre a co-devedora e a CEF, mas apenas entre o garante (o autor) e a CEF, mantendo-se os demais termos do contrato. Indefiro, portanto, o pedido de citação da co-devedora.

Passo ao mérito. A questão controversa apresentada nestes autos resume-se em saber se a CEF poderia ter inscrito o nome do autor no SPC/SERASA pelo inadimplemento do co-devedor de um contrato de financiamento para aquisição de materiais de construção. Em princípio entendo que a resposta seria afirmativa. Não existiria ato ilícito da CEF, já que teria ocorrido inadimplência do devedor primário e o autor se obrigou voluntariamente como devedor solidário. Não ocorrendo o pagamento, o autor seria garante da dívida. Ocorre que, analisando o contrato de adesão correspondente, identifiquei má-fé por parte da CEF. Senão vejamos:

Nos termos de folhas 08, o autor está na posição de “*dador em garantia de pagamento*”. Desconheço tal figura no sistema obrigacional pátrio. A expressão “*dador*” me faz recordar do instituto da “*dação em pagamento*”. Entretanto, não me parece ser o caso, pois o autor não responderia pela dívida com um objeto. E se o fizesse, seria uma espécie de penhor. Imaginei, assim, tratar-se de um contrato atípico (art. 425 do CC). Questionei, portanto, a CEF sobre a natureza jurídica do instituto, tendo sido consignada às folhas 106 a seguinte resposta: “(...) o *dador em garantia de pagamento* figura como *devedor solidário, co-responsável pelo pagamento dos encargos mensais* (...). *Essa figura era admitida nos contratos de empréstimo para aquisição de material de construção em situações em que o proponente não possuía rendas ou quando a renda não era suficiente para a obtenção do pagamento*”.

Ocorre que as características do “*dador em garantia de pagamento*”, quais sejam, co-obrigado solidário ao devedor principal, são as mesmas do “*fiador*”, contrato típico (art. 818 do CC). Constatado, assim, que a grande diferença entre as duas figuras acima está na ausência do “*benefício de ordem*” (art. 827 do CC) no instituto apresentado pela CEF. Não obstante, creio que a liberdade para a pactuação de contratos atípicos não pode ir ao ponto de se criar um contrato atípico (“*dação em garantia de pagamento*”) que seja quase idêntico a um contrato típico (“*fiança*”), mas com uma única diferença: a inexistência de uma cláusula característica do contrato típico (“*benefício de ordem*”). Tal procedimento, no meu entender, caracteriza má-fé contratual. As partes podem pactuar um contrato de “*fiança*” sem o “*benefício de ordem*” (como ocorre comumente em contratos de locação), mas não podem pactuar um pseudo contrato atípico, que na verdade é um contrato típico com uma de suas cláusulas afastadas.

Tenho ciência de que a CEF, como instituição financeira de fomento público, deve viabilizar crédito de pequena monta aos cidadãos brasileiros, como é o caso. Também tenho ciência de que o valor dos juros de tais empréstimos está diretamente ligado a estudos atuariais de risco de inadimplência. Em outras palavras: boa parte do valor dos juros é direcionada à compensação de prejuízos que maus pagadores geram à Empresa Pública. Se todos os créditos fossem pagos, os juros deveriam ser menores. Incentivo, portanto, a exigência de garantias e, em tese, não me oponho à criação de meios garantidores não previstos em nosso Código Civil. Não obstante, não concordo que tais garantias atípicas (como é o caso do “*dador em garantia de pagamento*”) sejam criadas sob a forma de abuso de direito (art. 187 do CC), como me parece ser o caso. O que houve, no meu entender, foi uma fraude a lei, pois se criou uma nova garantia não tipificada e não se esclareceu de forma clara, e com linguagem acessível ao público alvo do contrato, os termos contratuais.

Mas qual o motivo da CEF utilizar-se de tal expediente? A população brasileira não tem sólidos conhecimentos sobre as nuances de nosso sistema obrigacional. Não obstante, estou convencido que existem dois institutos que a grande maioria dos brasileiros tem noção de seus efeitos práticos: a “*nota promissória*” e a “*fiança*”. O cidadão comum tem redobrada atenção e não assina qualquer documento que se refira a esses dois institutos. Desta forma a CEF criou uma manobra diversionária para viabilizar a existência de fiadores nos contrato de financiamento para aquisição de materiais de construção. Utilizando-se indevidamente da norma que permite contratos atípicos, camuflou o contrato de fiança, retirando-lhe uma de suas características peculiares: o “*benefício de ordem*”. Assim, o autor não sabia que estava, na prática, assinando um contrato de fiança. Estou convencido, portanto, da má-fé da CEF no caso em tela.

Assim sendo, em sede de prejudicial de mérito, considero que o contrato de “*dação em garantia de pagamento*” pactuado entre autor e CEF tem natureza jurídica de “*fiança sem o benefício de ordem*”. Estabelecida a prejudicial, passo a analisar seus efeitos para a presente lide. Como já disse, é possível pactuar a “*fiança sem o benefício de ordem*”. Ocorre que, no caso em tela, estamos diante de uma relação de consumo. Assim, como a norma geral é no sentido de que o “*fiador*” tenha o “*benefício de ordem*”, a exclusão de tal direito, inerente ao contrato típico de “*fiança*”, quando operacionalizada em contratos de adesão, deveria estar claramente destacada, nos termos do art. 56, § 4º do CDC. Isso não ocorreu. Desta forma, mais uma vez em sede de prejudicial de mérito, declaro a nulidade da ausência do “*benefício de ordem*”. Logo, o autor permanece vinculado à relação contratual sub judice, mas na qualidade de “*fiador com o benefício de ordem*”. Como consequência, concluo que a inscrição de seu nome foi indevida, uma vez que o mesmo só poderia ser cobrado após restar infrutífera a execução do devedor principal, o que não ocorreu. Na verdade, pelo que pude constatar da análise dos autos, a devedora principal não foi nem cobrada.

Quanto ao pedido de dano moral, defendo o entendimento de que não há de se provar o dano propriamente dito, mas o fato. A seguir, através da análise do fato provado, com base na dedução e nas regras gerais de experiência, fundamentar-se-á a ocorrência ou não de constrangimento. *In casu*, o fato restou demonstrado, ou seja, o autor teve seu nome inscrito tanto no SPC quanto no SERASA. E tal inscrição foi efetivada sem que o “*benefício de ordem*” fosse observado. Logo, resta caracterizada a ocorrência de ato ilícito cível (art. 186 do CC). Identificado o ato ilícito, o dano moral decorre de conclusão lógico-razoável, pois o abalo de crédito indevido macula o íntimo do cidadão cumpridor de suas obrigações civis, como é o caso. O nexo de causalidade é patente, pois o constrangimento foi oriundo do ato ilícito. Não há de se analisar o elemento “*culpa*”, pois trata-se de responsabilidade objetiva.

Resta, agora, arbitrar o *quantum*, o que farei com base no binômio compensação e punição. Pelo que consta dos autos, o abalo de crédito gerou constrangimento objetivo noticiado na inicial, referente a uma compra frustrada em um estabelecimento comercial. Entretanto, identifico uma falha do autor. O mesmo não manteve seu cadastro atualizado junto a CEF, o que é uma obrigação de qualquer contratante. Se o cadastro estivesse atualizado, o autor teria recebido a comunicação de inscrição e poderia ter tentado evitá-la. Tal fato não descaracteriza a responsabilidade da ré, mas atenua o *quantum* indenizatório.

Por sua vez, a conduta da CEF deve ser alvo de uma reprovabilidade maior. A ocorrência é grave. Há indícios de má-fé, como fundamentei. O contrato em tela pode estar se disseminando, uma vez que os empréstimos para a aquisição de materiais de construção popularizaram-se. Como, na prática, a CEF é o único agente financeiro que viabiliza tais empréstimos a juros reduzidos, a utilização de artifícios como este do “*dador em garantia de pagamento*” pode representar dano coletivo. O valor da indenização deve observar, portanto, uma penalização mais elevada, sob o risco de ser economicamente mais vantajoso à ré pagar indenizações morais ao invés de implementar melhorias em seus procedimentos operacionais, que visem evitar que fatos como este se repitam.

## DISPOSITIVO

Isto posto, julgo parcialmente procedente o pedido declaratório. Declaro que o autor mantém relação jurídica com a ré na qualidade de “*fidor com benefício de ordem*”. Até o momento não se encontra em débito com a CEF em face do contrato em tela, podendo, entretanto, encontrar-se no futuro, de acordo com o desenrolar da execução contratual.

A seguir, julgo procedente o pedido de danos morais e condeno a CEF a indenizar o autor no valor de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) a título de danos morais, enfatizando o caráter punitivo desta fixação, em especial pela má-fé identificada e a potencialidade de dano coletivo. Tal condenação deverá ser alvo de correção monetária a contar da data desta Sentença e juros de mora de 1% a.m. a contar da mora, que neste caso ocorreu com a citação.

Julgo, ainda, procedente o pedido condenatório de obrigação de fazer e, como conseqüência, condeno a ré a retirar, no prazo de 10 (dez) dias, o nome do autor de qualquer serviço de proteção ao crédito em face deste fato, sob multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais). Como a manutenção da negativa de crédito gera dano constante ao autor, havendo verossimilhança em face da cognição exauriente efetivada e reversibilidade, deiro a antecipação dos efeitos da presente tutela no sentido de determinar à ré que adote as providências acima a partir de sua intimação, sob pena de incidência da multa ora fixada.

Deixo de efetivar condenação em custas e em honorários advocatícios em face da previsão legal sobre o tema. Ratifico a gratuidade de justiça ao autor já deferida às folhas 14.

Independentemente do trânsito em julgado, expeça-se ofício ao Ministério Público Federal, ao Ministério Público do Estado do Espírito Santo e ao Banco Central, com cópia desta Sentença e do contrato de adesão de folhas 08/16, para que tomem conhecimento dos fatos aqui narrados e, se for o caso, adotem as medidas que entenderem cabíveis dentro de suas atribuições.

Após o trânsito em julgado, mantendo-se a condenação por danos morais, em qualquer valor, expeça-se ofício ao Tribunal de Contas da União, com cópia desta Sentença, para que aquela Corte tome ciência de que a Empresa Pública em tela teve uma falha operacional que, por acarretar indenização, gerou prejuízo aos cofres públicos.

Ainda após o trânsito em julgado, dê-se baixa e archive-se.

P. R. I.

Vitória, 05 de abril de 2006.

**ROBERTO GIL LEAL FARIA**

Juiz Federal Substituto



# RESPONSABILIDADE CIVIL DE CONSULADO

Sídny Merhy Monteiro Peres

Juiz Federal da 4ª Vara de São João de Meriti

A presente ação versa sobre a possibilidade de pagamento de indenização, a título de dano moral, devido à suposta falha na prestação de serviço por funcionário do Consulado da Espanha. Para tanto, o réu, Consulado da Espanha, invocou a “imunidade de jurisdição”, um dos princípios do Direito Internacional. Ao dirimir a questão, tendo em vista a análise perfunctória dos fatos, entendi que não houve a propalada falha na prestação de serviço do Consulado da Espanha a ensejar qualquer responsabilidade do mesmo, no tocante ao dano moral postulado na exordial. Ato contínuo, explicitiei meu entendimento no sentido de que, em certos casos, a imunidade de jurisdição deve ser relativizada, diferenciando, inclusive, os atos praticados pelo Estado: atos de natureza pública (atos de império) e atos de natureza privada (atos de gestão). Destarte, no caso dos autos, não restou demonstrado qualquer fato lesivo atribuível ao réu que importasse agressão de bem jurídico da autora de natureza não patrimonial.

## ORDINÁRIA/OUTRAS

PROCESSO Nº 99.0751036-0

AUTORA: IRIS DE ANDRADE CERQUEIRA

RÉU: CONSULADO GERAL DA ESPANHA

## SENTENÇA

Vistos etc.

## RELATÓRIO

**IRIS DE ANDRADE CERQUEIRA**, devidamente qualificada na inicial, propôs a presente demanda, pelo rito ordinário, em face do **CONSULADO GERAL DA ESPANHA**, objetivando a condenação do réu ao pagamento de indenização, a título de danos morais, no valor de 100 (cem) salários mínimos, sob o fundamento de que o réu não repassou uma correspondência enviada pela autora.

Como causa de pedir, aduz que obteve informação de que, por meio do Consulado, conseguiria localizar uma pessoa de nacionalidade espanhola, que residiu, no Brasil, durante algum tempo, bastando, para isso, que fornecesse todos os dados da pessoa.

Sustenta que procurou o Consulado, ora réu da presente ação, sendo que o funcionário do Consulado lhe transmitiu como deveria ser o procedimento para obter a informação desejada, no caso, via-carta, motivo pelo qual escreveu a mesma e, ao chegar ao Consulado, para obter a resposta, foi lhe dito por um funcionário que a carta já havia sido recebida, sendo que outro funcionário disse que não havia recebido nenhuma correspondência, razão pela qual a autora enviou uma segunda correspondência, tendo registrado a mesma.

Alega que, passado algum tempo, retornou ao Consulado, quando ficou surpresa, ao saber que sua carta não havia chegado ao destino, sendo que, ainda, fora destruída por um funcionário.

A petição inicial veio instruída com a procuração e demais documentos (fls. 05/15). Gratuidade de justiça deferida (fl. 16).

Petição do réu alegando que as representações consulares gozam de imunidade de jurisdição e de execução (fl. 25).

Não houve contestação (fl. 81).

É o relatório, com o registro das principais ocorrências processuais.

DECIDO.

## FUNDAMENTAÇÃO

Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, passo a analisar o mérito.

## NO MÉRITO

O processo está suficientemente instruído, possibilitando seu julgamento.

Depreende-se da pretensão autoral, deduzida na presente demanda, que a autora objetiva condenação do réu ao pagamento de indenização, a título de danos morais, no valor de 100 (cem) salários mínimos, sob o fundamento de que o réu não repassou uma correspondência enviada pela autora.

Primeiramente, verifico que o réu, na petição de fl. 25, alegou a imunidade de jurisdição, razão pela qual deve-se fazer uma introdução sobre o tema.

Com efeito, o entendimento da norma internacional da imunidade do Estado parte, inicialmente, da compreensão de alguns aspectos elementares da jurisdição estatal. Ora, o termo jurisdição advém do latim *jurisdictio* e tem duas acepções: uma mais



extensiva, relacionada com a autoridade de um poder soberano para governar, legislar, interpretar e aplicar a lei, e, outra, mais restrita, ligada à idéia da capacidade do Estado dizer o direito no âmbito das ordens jurídicas internas e internacionais pronunciando decisões judiciais.

Pode-se afirmar que a jurisdição *lato sensu* é o poder público competente, amplo e limitado do Estado de exercer sua autoridade e administrar sua justiça, dentro de determinadas matérias do seu interesse. O Estado exerce jurisdição geral e exclusiva sobre o seu território, detendo uma série de competências para atuar como autoridade. A generalidade da jurisdição significa que o Estado exerce no seu domínio territorial todas as competências de ordem legislativa, administrativa e jurisdicional, ao passo que a exclusividade se traduz quando o Estado local não enfrenta a concorrência de qualquer outra soberania. A jurisdição está relacionada com aspectos particulares da competência legal dos Estados e é comumente confundida com a soberania. Todavia, a jurisdição é apenas um dos aspectos da soberania e se manifesta através das competências legislativas, judiciárias e administrativas do Estado.

Entretanto, é a definição de jurisdição *stricto sensu* que realmente mais interessa para o presente caso, isto é, dentre as três principais competências do Estado, a que unicamente tem importância é a judiciária ou jurisdicional. Logo, importante esclarecer que a jurisdição, no seu sentido estrito, é a que se refere especificamente à prestação de justiça, ou o poder de estabelecer uma relação processual cognitiva, de julgar demandas judiciais, de dirimir conflitos e de dizer o direito quando houver uma divergência entre as partes.

Por sua vez, o termo imunidade tem origem no latim *immunitate* e denota isenção, privilégio ou prerrogativa. Assim, imunidade de jurisdição é a isenção, privilégio ou prerrogativa legal que tem um Estado em não ser submetido às jurisdições pátrias dos seus pares, salvo em algumas determinadas situações. Por outra perspectiva, a imunidade consiste numa reserva ou limite imposto aos Estados pelo Direito Internacional, ao regular exercício das suas jurisdições nacionais, quando outros Estados forem partes em procedimentos judiciais.

O fenômeno da imunidade de jurisdição pode ser bem ilustrado no caso de uma Corte Nacional ter plena jurisdição para decidir sobre um determinado litígio, mas é impedida de exercê-la neste caso particular, porque uma das partes processuais é um Estado soberano ou ainda um dos seus órgãos. Em princípio, a imunidade é baseada na identidade do litigante, ou seja, **trata-se de uma questão *ratio personae***.

Em termos gerais, a imunidade de jurisdição constitui um princípio de Direito Internacional que exclui, em determinadas situações, a possibilidade de um

Estado ficar submetido à jurisdição interna de outro Estado. Trata-se de um princípio de caráter processual que opera como exceção, impossibilitando os tribunais estatais de julgarem outros sujeitos de Direito Internacional e impedindo a execução das decisões no caso do processo de cognição haver prosseguido normalmente.

Logo, em princípio, nenhum Estado pode julgar os atos de um outro, por intermédio de um dos seus tribunais, sem o consentimento do último. A compreensão do motivo deste regime é em razão do fato de que o simples protesto e condenação de um Estado por parte de outro pode perturbar as suas relações diplomáticas. Outrossim, um ato coercitivo objetivando executar uma sentença, tal como a penhora de bens pertencentes ao segundo por parte de um tribunal do primeiro, poderia constituir no mínimo uma represália.

A intervenção do Estado em atividades de natureza privada, atuando como particular nas negociações, contratando com cidadãos e empresas nacionais de outros pares, começou a gerar um panorama de desigualdade, injustiça e insegurança social. Sempre que fosse instaurada uma ação judicial contra o Estado estrangeiro, o nacional que fora lesado nos seus direitos teria a prestação jurisdicional negada pelo Estado do foro.

Essa situação de insatisfação e descontentamento social começou a modificar a aplicação da norma consuetudinária da imunidade de jurisdição. As cortes de alguns Estados, objetivando tutelar os direitos dos seus nacionais e, ao mesmo tempo, criar um ambiente social seguro, favorável aos investimentos estrangeiros e a uma leal concorrência de mercado, começaram a distinguir as atividades praticadas pelo Estado, entre atos de natureza pública (*jure imperii*) e atos de natureza privada (*jure gestionis*).

A distinção entre atos *jure imperii* e *jure gestionis* foi a maneira inicialmente encontrada pela maioria dos Estados que estavam promovendo essa remodelação da norma internacional da imunidade de jurisdição, para estabelecer mais limitações à sua aplicação. Tais limitações abrangem os atos estatais de natureza privada, que são aqueles que não estão revestidos de caráter soberano. O Estado pratica atos privados ou de gestão, quando, semelhantemente a um particular, ingressa em transações comerciais, financeiras, de contratação e prestação de serviços.

Com o gradual reconhecimento de novas exceções à regra costumeira da imunidade, diversos doutrinadores passaram a utilizar a terminologia “imunidade relativa”, o que, de fato, melhor ilustra o novo teor desta norma de Direito Internacional.

A implicação prática da doutrina da imunidade relativa é que um Estado não mais se beneficiará da prerrogativa de ser imune perante a jurisdição de outro Estado, quando a controvérsia for oriunda de um ato de gestão praticado pelo primeiro. Isso quer dizer que o Estado estrangeiro figurará como parte na ação judicial proposta perante o tribunal local, que poderá apreciar o mérito da causa, vinculando as partes por meio da sua decisão.

No entanto, alguns diplomas legais procuraram dispor taxativamente quais são as circunstâncias em que o Estado não goza de imunidade, estabelecendo ainda muitas vezes exceções a tais circunstâncias. Fazendo-se uma análise dos dois mais importantes documentos de Direito Internacional sobre imunidades dos Estados (o Projeto de Convenção da CDI sobre Imunidades dos Estados e a Convenção Européia de 1972), podemos concluir que, em termos gerais, os Estados estrangeiros não fazem *jus* às imunidades: quando atuam como particular em atividades industriais, comerciais, financeiras ou de prestação de serviços; em litígios oriundos de contratos de trabalho ou de prestação de serviços (salvo se o objeto for o recrutamento, a renovação ou reintegração do contratado) celebrados com indivíduos nacionais ou habitualmente residentes no Estado do foro, em que o trabalho ou serviço seja executado neste, desde que os indivíduos não sejam nacionais do Estado empregador ou tenham sido admitidos para exercerem funções estreitamente relacionadas com a autoridade governamental; **em ações de indenização por danos causados a pessoas ou bens materiais no território do Estado do foro, nas quais seja apurada a responsabilidade civil do Estado estrangeiro**; em procedimentos que envolvam direitos reais ou estejam relacionadas à propriedade ou posse de bens imóveis; em questões sucessórias onde o Estado recebeu bens a título não oneroso e em procedimentos falimentares de empresas onde o Estado figure como sócio, acionista ou proprietário; em demandas que tenham como objeto bens incorpóreos concernentes a direitos autorais, intelectuais e industriais; ao participar de uma sociedade comercial ou outro ente dotado de personalidade jurídica que tenha sede, filial ou agência no Estado do foro, em conflitos que versem sobre o relacionamento do Estado com a própria sociedade ou com os outros participantes, desde que estes não sejam somente outros sujeitos de personalidade internacional; em lides envolvendo operações de navios de propriedade do Estado que não sejam utilizados para fins governamentais; na hipótese do Estado se submeter à arbitragem, cujos procedimentos decorram no território do Estado do foro ou quando o seu direito seja aplicável, exceto conste diferente previsão no compromisso arbitral.

Feita essa introdução, passo a analisar o caso em tela.

No presente caso, além da responsabilidade civil inserida em nosso Código, quando se trata de Réu - ente público, acresce-se a responsabilidade administrativa, pois é certo que o nosso ordenamento jurídico consagrou a tese da responsabilidade objetiva do Estado, baseada no risco administrativo.

Ademais, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, dispõe o seguinte:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ora, a responsabilidade do Estado (administração) pode partir de um ato comissivo por ele praticado, por uma situação por ele criada diretamente a propiciar a ocorrência do dano, e ainda, pode ser responsabilizado por sua omissão.

Destarte, com supedâneo na melhor doutrina, à parte autora é atribuído o ônus de provar, tão-somente, a existência do dano e o nexo de causalidade, não havendo que se falar em prova de existência da culpa do agente causador do dano.

Assim, no caso vertente, através de uma análise perfunctória dos fatos, corroborada com os elementos de prova adunados aos autos, entendo que não há o dever de indenizar.

Como já dito, a legislação pátria admite a forma objetiva de responsabilidade, onde é necessária somente a comprovação do dano e do nexo de causalidade, dispensada a verificação da culpa, como nos casos de ato lesivo praticado por funcionário no exercício do serviço público e nas relações de consumo.

Destarte, no caso em testilha, não se pode olvidar que sobejamente a demandante não demonstrou o dano moral sofrido.

Por derradeiro, conforme já dito, no que tange à indenização por danos morais, afigura-se-me incabível pela não caracterização da pretensa falha no serviço prestado ou conduta ilícita imputável ao Réu e pela inexistência do dano moral aludido. Ademais, a parte autora foi intimada para que acostasse aos autos documento comprobatório de que o Condomínio Rio Sul tivesse, de fato, entregue as correspondências ao Consulado, conforme alegado à fl. 03, mas a parte autora, embora regularmente intimada, manteve-se silente (fl. 85 verso).

Por outro lado, o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada por um fato lesivo.

No caso *sub examine*, não restou demonstrado qualquer fato lesivo atribuível ao Réu que importasse agressão de bem jurídico do(a) Autor(a) de natureza não patrimonial.

Para Savatier, dano moral “é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc”. (Traité de La Responsabilité Civile, vol. II, nº 525, in Caio Mario da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Editora Forense, RJ, 1989).

Para o Professor Yussef Said Cahali, dano moral “é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a

parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)”. **Não é o caso dos autos.**

Desta forma, a autora não conseguiu demonstrar o ônus probatório que lhe competia, nos termos do art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil.

Tudo isto analisado e sopesado, a conclusão é pelo não acolhimento do pedido.

Com estas considerações, dispendidas fundamentalmente em atenção ao disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, nada mais, a meu sentir, precisa ser acrescentado.

## **DISPOSITIVO**

Do quanto ficou exposto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO**, na forma da fundamentação acima exposta.

Declaro extinto o processo com resolução do mérito, na forma do art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil.

Sem custas e sem honorários advocatícios, face à gratuidade de justiça deferida.

Transitada em julgado esta sentença, dê-se baixa na Distribuição e arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

São João de Meriti - RJ, 25 de julho de 2006.

**SÍDNEY M. MONTEIRO PERES**

Juiz Federal Titular da 4ª Vara





# Indices

- I - Autores
- II - Assuntos





### 1 - Juízes

Adriano Saldanha Gomes de Oliveira .....	255
Alfredo França Neto .....	263
Eugênio Rosa de Araújo .....	15
Fábio Cesar dos Santos Oliveira .....	271
Fernanda Duarte .....	29
Guilherme Calmon Nogueira da Gama .....	61
José Carlos Zebulum.....	95
Luis Eduardo Bianchi Cerqueira.....	109
Roberto Gil Leal Faria .....	285
Sídny Merhy Monteiro Peres .....	291
Theophilo Antonio Miguel Filho .....	151

### 2 - Servidores

Albertina Maria Anastácio .....	187
Clarisse Faria .....	219
Márcia Machado Santos Gimenes .....	227
Rafael da Silva Rocha.....	239

### 3 - Colaborador

Marcello Godinho .....	29
------------------------	----



# A

### AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO

- Direito de propriedade - Constituição Federal - Código Civil - Posse - Função social da propriedade - Contrato - Direito subjetivo - Direito real - Responsabilidade civil - Usucapião..... 95

### ADVOGADO

- Responsabilidade civil - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial - Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade
- Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio
- Indenização - Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239

### ARGENTINA

- Direito Internacional público - Missão diplomática - País estrangeiro - Brasil - Responsabilidade civil do Estado - Dano material - Dano moral - Prescrição - Direitos humanos - Dignidade ..... 263

### ATO ILÍCITO

- Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) - Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA)
- Caixa Econômica Federal (CEF) - Inadimplemento - Má-fé - Dação em pagamento - Contrato inominado - Fiança - Benefício de ordem - Questão prejudicial - Relação de consumo
- Dano moral - Responsabilidade objetiva - Dano coletivo - Obrigação de fazer ..... 285

# B

### BENEFÍCIO DE ORDEM

- Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) - Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA)
- Caixa Econômica Federal (CEF) - Inadimplemento - Má-fé - Dação em pagamento - Contrato inominado - Fiança - Questão prejudicial - Relação de consumo - Ato ilícito - Dano moral - Responsabilidade objetiva - Dano coletivo - Obrigação de fazer.....285

## **BIOÉTICA**

- Ética médica - Biotecnologia - Direito comparado - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CDC) - Responsabilidade civil - Médico - Hospital ..... 187

## **BIOTECNOLOGIA**

- Bioética - Ética médica - Direito comparado - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CDC) - Responsabilidade civil - Médico - Hospital ..... 187

## **BRASIL**

- Direito Internacional público - Missão diplomática - País estrangeiro - Argentina
- Responsabilidade civil do Estado - Dano material - Dano moral - Prescrição - Direitos humanos - Dignidade ..... 263

## **BUSCA E APREENSÃO**

- Seqüestro - Guarda de menor - Criança - Direito Internacional privado - Lei estrangeira
- Código de Processo Civil (CPC)..... 255

# **C**

## **CAIXA ECONÔMICA (CEF)**

- Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) - Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA)
- Inadimplemento - Má-fé - Dação em pagamento - Contrato inominado - Fiança - Benefício de ordem - Questão prejudicial - Relação de consumo - Ato ilícito - Dano moral
- Responsabilidade objetiva - Dano coletivo - Obrigação de fazer.....285

## **CAPITALISMO**

- Direito Comercial - Empresa comercial - Sistema econômico - Código Civil - Personalidade jurídica - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - Código Tributário Nacional (CTN) - Direito Processual Civil ..... 15

## **CASAMENTO**

- Homossexualismo - Família - Direito à intimidade - União de fato - União estável
- Sociedade de fato - Constituição Federal ..... 29

## **CDC**

- Vide: Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CDC)

## CEF

- Vide: Caixa Econômica Federal (CEF)

## CENTRALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE BANCOS SA (SERASA)

- Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) - Caixa Econômica Federal (CEF) - Inadimplemento - Má-fé - Dação em pagamento - Contrato inominado - Fiança - Benefício de ordem - Questão prejudicial - Relação de consumo - Ato ilícito - Dano moral - Responsabilidade objetiva - Dano coletivo - Obrigação de fazer..... 285

## CLT

- Vide: Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)

## CÓDIGO CIVIL

- Companheiro - União estável - Efeito jurídico - Relação jurídica - Regime jurídico - Família ..... 61
- Direito Comercial - Empresa comercial - Sistema econômico - Capitalismo - Personalidade jurídica - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - Código Tributário Nacional (CTN) - Direito Processual Civil ..... 15
- Direito de propriedade - Constituição Federal - Posse - Função social da propriedade - Contrato - Direito subjetivo - Direito real - Responsabilidade civil - Ação de desapropriação - Usucapião ..... 95
- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial - Imunidade profissional - Substabelecimento - Conduta - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Indenização - Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239

## CÓDIGO DE DEFESA E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR (CDC)

- Bioética - Ética médica - Biotecnologia - Direito comparado - Responsabilidade civil - Médico - Hospital ..... 187

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial
- Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa
- Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento - Obrigação de meio - Indenização - Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida..... 239

### **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC)**

- Seqüestro - Busca e apreensão - Guarda de menor - Criança - Direito Internacional privado - Lei estrangeira ..... 255

### **CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN)**

- Direito Comercial - Empresa comercial - Sistema econômico - Capitalismo - Código Civil - Personalidade jurídica - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - Direito Processual Civil ..... 15

### **COMPANHEIRO**

- Código Civil - União estável - Efeito jurídico - Relação jurídica - Regime jurídico
- Família..... 61

### **CONDUTA**

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial
- Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova
- Inadimplemento - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Indenização - Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239

### **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT)**

- Direito Comercial - Empresa comercial - Sistema econômico - Capitalismo - Código Civil
- Personalidade jurídica - Código Tributário Nacional (CTN) - Direito Processual Civil ... 15

### **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

- Dano moral - Imunidade de jurisdição - Direito Internacional público - Responsabilidade civil - País estrangeiro..... 291

- Direito de propriedade - Código Civil - Posse - Função social da propriedade - Contrato
- Direito subjetivo - Direito real - Responsabilidade civil - Ação de desapropriação
- Usucapião ..... 95
  
- Homossexualismo - Casamento - Família - Direito à intimidade - União de fato - União estável - Sociedade de fato ..... 29

## **CONTRATO**

- Direito de propriedade - Constituição Federal - Código Civil - Posse - Função social da propriedade - Direito subjetivo - Direito real - Responsabilidade civil - Ação de desapropriação - Usucapião ..... 95
  
- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Mandato judicial - Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexos de causalidade
- Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CDC) - Obrigação de meio
- Indenização - Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239

## **CONTRATO INOMINADO**

- Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) - Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA)
- Caixa Econômica Federal (CEF) - Inadimplemento - Má-fé - Dação em pagamento - Fiança
- Benefício de ordem - Questão prejudicial - Relação de consumo - Ato ilícito - Dano moral
- Responsabilidade objetiva - Dano coletivo - Obrigação de fazer ..... 285

## **CONTROLE JUDICIAL**

- Personalidade jurídica - Pessoa jurídica de direito público externo - Direito sanitário
- Tratado internacional - Niterói (RJ) - República de Cuba ..... 151

## **CPC**

- Vide: Código de Processo Civil (CPC)

## **CRIANÇA**

- Seqüestro - Busca e apreensão - Guarda de menor - Direito Internacional privado - Lei estrangeira - Código de Processo Civil (CPC) ..... 255

## CTN

- Vide: Código Tributário Nacional (CTN)

## CULPA

- Deficiente físico - Universidade federal - Responsabilidade civil do Estado - Dano moral  
- Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade por ato ilícito - Dolo ..... 271

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial  
- Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova  
- Inadimplemento - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Indenização - Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239

## CULPA PRESUMIDA

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial  
- Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa  
- Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC)  
- Obrigação de meio - Indenização - Dano moral - Sigilo profissional .....239

# D

## DAÇÃO EM PAGAMENTO

- Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) - Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA)  
- Caixa Econômica Federal (CEF) - Inadimplemento - Má-fé - Contrato inominado - Fiança  
- Benefício de ordem - Questão prejudicial - Relação de consumo - Ato ilícito - Dano moral  
- Responsabilidade objetiva - Dano coletivo - Obrigação de fazer.....285

## DANO

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial  
- Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Nexo de



causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Indenização - Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239

#### **DANO COLETIVO**

- Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) - Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA) - Caixa Econômica Federal (CEF) - Inadimplemento - Má-fé - Dação em pagamento - Contrato inominado - Fiança - Benefício de ordem - Questão prejudicial - Relação de consumo - Ato ilícito - Dano moral - Responsabilidade objetiva - Obrigação de fazer ..... 285

#### **DANO MATERIAL**

- Direito Internacional público - Missão diplomática - País estrangeiro - Argentina - Brasil - Responsabilidade civil do Estado - Dano moral - Prescrição - Direitos humanos - Dignidade..... 263

#### **DANO MORAL**

- Deficiente físico - Universidade federal - Responsabilidade civil do Estado - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade por ato ilícito - Culpa - Dolo ..... 271

- Direito Internacional público - Missão diplomática - País estrangeiro - Argentina - Brasil - Responsabilidade civil do Estado - Dano material - Prescrição - Direitos humanos - Dignidade ..... 263

- Imunidade de jurisdição - Direito Internacional público - Responsabilidade civil - País estrangeiro - Constituição Federal ..... 291

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial - Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Indenização - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239

- Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) - Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA) - Caixa Econômica Federal (CEF) - Inadimplemento - Má-fé - Dação em pagamento - Contrato inominado - Fiança - Benefício de ordem - Questão prejudicial - Relação de consumo - Ato ilícito - Responsabilidade objetiva - Dano coletivo - Obrigação de fazer ..... 285

## **DEFICIENTE FÍSICO**

- Universidade federal - Responsabilidade civil do Estado - Dano moral - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade por ato ilícito - Culpa - Dolo..... 271

## **DIGNIDADE**

- Direito Internacional público - Missão diplomática - País estrangeiro - Argentina - Brasil - Responsabilidade civil do Estado - Dano material - Dano moral - Prescrição - Direitos humanos.....263

## **DIREITO À INTIMIDADE**

- Homossexualismo - Casamento - Família - União de fato - União estável - Sociedade de fato - Constituição Federal..... 29

## **DIREITO COMERCIAL**

- Empresa comercial - Sistema econômico - Capitalismo - Código Civil - Personalidade jurídica - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - Código Tributário Nacional (CTN) - Direito Processual Civil..... 15

## **DIREITO COMPARADO**

- Bioética - Ética médica - Biotecnologia - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CDC) - Responsabilidade civil - Médico - Hospital ..... 187

## **DIREITO DE FAMÍLIA**

- Paternidade - Filiação - Direitos da personalidade - Filho - Pai ..... 227

## **DIREITO DE PROPRIEDADE**

- Constituição Federal - Código Civil - Posse - Função social da propriedade - Contrato - Direito subjetivo - Direito real - Responsabilidade civil - Ação de desapropriação - Usucapião ..... 95

## **DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**

- Seqüestro - Busca e apreensão - Guarda de menor - Criança - Lei estrangeira - Código de Processo Civil (CPC) ..... 255

## **DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO**

- Dano moral - Imunidade de jurisdição - Responsabilidade civil - País estrangeiro - Constituição Federal ..... 291

- Missão diplomática - País estrangeiro - Argentina - Brasil - Responsabilidade civil do Estado  
- Dano material - Dano moral - Prescrição - Direitos humanos - Dignidade .....263

- Soberania nacional - Direitos humanos - Territorialidade - Direito Penal Internacional  
- Tribunal Penal Internacional ..... 109

#### **DIREITO PENAL INTERNACIONAL**

- Soberania nacional - Direitos humanos - Direito Internacional público - Territorialidade  
- Tribunal Penal Internacional ..... 109

#### **DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

- Direito Comercial - Empresa comercial - Sistema econômico - Capitalismo - Código Civil - Personalidade jurídica - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - Código Tributário Nacional (CTN)..... 15

#### **DIREITO REAL**

- Direito de propriedade - Constituição Federal - Código Civil - Posse - Função social da propriedade - Contrato - Direito subjetivo - Responsabilidade civil - Ação de desapropriação - Usucapião ..... 95

#### **DIREITO SANITÁRIO**

- Personalidade jurídica - Pessoa jurídica de direito público externo - Tratado internacional - Niterói (RJ) - República de Cuba - Controle judicial ..... 151

#### **DIREITO SUBJETIVO**

- Direito de propriedade - Constituição Federal - Código Civil - Posse - Função social da propriedade - Contrato - Direito real - Responsabilidade civil - Ação de desapropriação - Usucapião ..... 95

#### **DIREITOS DA PERSONALIDADE**

- Paternidade - Filiação - Direito de família - Filho - Pai..... 227

#### **DIREITOS HUMANOS**

- Direito Internacional público - Missão diplomática - País estrangeiro - Argentina - Brasil - Responsabilidade civil do Estado - Dano material - Dano moral - Prescrição - Dignidade ..... 263

- Soberania nacional - Direito Internacional público - Territorialidade - Direito Penal Internacional - Tribunal Penal Internacional..... 109

**DOLO**

- Deficiente físico - Universidade federal - Responsabilidade civil do Estado - Dano moral - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade por ato ilícito - Culpa ... 271

**E**

**EFEITO JURÍDICO**

- Companheiro - Código Civil - União estável - Relação jurídica - Regime jurídico - Família ..... 61

**EMPRESA COMERCIAL**

- Direito Comercial - Sistema econômico - Capitalismo - Código Civil - Personalidade jurídica - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - Código Tributário Nacional (CTN) - Direito Processual Civil..... 15

**ESTADO ESTRANGEIRO**

- Imunidade de jurisdição - Imunidade - Execução - Princípio da igualdade - Soberania nacional ..... 219

**ÉTICA MÉDICA**

- Bioética - Biotecnologia - Direito comparado - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CDC) - Responsabilidade civil - Médico - Hospital..... 187

**EXECUÇÃO**

- Imunidade de jurisdição - Imunidade - Princípio da igualdade - Soberania nacional - Estado estrangeiro..... 219

**F**

**FAMÍLIA**

- Companheiro - Código Civil - União estável - Efeito jurídico - Relação jurídica - Regime jurídico ..... 61

- Homossexualismo - Casamento - Direito à intimidade - União de fato - União estável
- Sociedade de fato - Constituição Federal ..... 29

## **FIANÇA**

- Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) - Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA)
- Caixa Econômica Federal (CEF) - Inadimplemento - Má-fé - Dação em pagamento - Contrato inominado - Benefício de ordem - Questão prejudicial - Relação de consumo - Ato ilícito
- Dano moral - Responsabilidade objetiva - Dano coletivo - Obrigação de fazer ..... 285

## **FILHO**

- Paternidade - Filiação - Direito de família - Direitos da personalidade - Pai ..... 227

## **FILIAÇÃO**

- Paternidade - Direito de família - Direitos da personalidade - Filho - Pai ..... 227

## **FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

- Direito de propriedade - Constituição Federal - Código Civil - Posse - Contrato - Direito subjetivo - Direito real - Responsabilidade civil - Ação de desapropriação - Usucapião ..... 95

# **G**

## **GUARDA DE MENOR**

- Seqüestro - Busca e apreensão - Criança - Direito Internacional privado - Lei estrangeira - Código de Processo Civil (CPC)..... 255

# **H**

## **HOMOSSEXUALISMO**

- Casamento - Família - Direito à intimidade - União de fato - União estável - Sociedade de fato - Constituição Federal ..... 29

## **HOSPITAL**

- Bioética - Ética médica - Biotecnologia - Direito comparado - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CDC) - Responsabilidade civil - Médico..... 187



## IMUNIDADE

- Imunidade de jurisdição - Execução - Princípio da igualdade - Soberania nacional
- Estado estrangeiro ..... 219

## IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

- Dano moral - Direito Internacional público - Responsabilidade civil - País estrangeiro
- Constituição Federal ..... 291
  
- Imunidade - Execução - Princípio da igualdade - Soberania nacional - Estado estrangeiro ..... 219

## IMUNIDADE PROFISSIONAL

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial
- Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual
- Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento
- Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Indenização
- Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239

## INADIMPLEMENTO

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial
- Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa
- Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio
- Indenização - Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239
  
- Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) - Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA) - Caixa Econômica Federal (CEF) - Má-fé - Dação em pagamento - Contrato inominado - Fiança - Benefício de ordem - Questão prejudicial - Relação de consumo
- Ato ilícito - Dano moral - Responsabilidade objetiva - Dano coletivo - Obrigação de fazer ..... 285

## INDENIZAÇÃO

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial
- Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova
- Inadimplemento - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida..... 239

## INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial
- Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa
- Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inadimplemento
- Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Indenização
- Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239

# L

## LEI ESTRANGEIRA

- Seqüestro - Busca e apreensão - Guarda de menor - Criança - Direito Internacional privado - Código de Processo Civil (CPC)..... 255

# M

## MÁ-FÉ

- Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) - Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA)
- Caixa Econômica Federal (CEF) - Inadimplemento - Dação em pagamento - Contrato inominado - Fiança - Benefício de ordem - Questão prejudicial - Relação de consumo
- Ato ilícito - Dano moral - Responsabilidade objetiva - Dano coletivo - Obrigação de fazer ..... 285

## MANDATO JUDICIAL

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Imunidade profissional
- Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual

- Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento
- Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Indenização
- Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239

## MÉDICO

- Bioética - Ética médica - Biotecnologia - Direito comparado - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CDC) - Responsabilidade civil - Hospital ..... 187

## MISSÃO DIPLOMÁTICA

- Direito Internacional público - País estrangeiro - Argentina - Brasil - Responsabilidade civil do Estado - Dano material - Dano moral - Prescrição - Direitos humanos - Dignidade...263

# N

## NEXO DE CAUSALIDADE

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial
- Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual
- Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento
- Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Indenização
- Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239

## NITERÓI (RJ)

- Personalidade jurídica - Pessoa jurídica de direito público externo - Direito sanitário
- Tratado internacional - República de Cuba - Controle judicial ..... 151

# O

## OBRIGAÇÃO DE FAZER

- Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) - Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA)
- Caixa Econômica Federal (CEF) - Inadimplemento - Má-fé - Dação em pagamento - Contrato inominado - Fiança - Benefício de ordem - Questão prejudicial - Relação de consumo
- Ato ilícito - Dano moral - Responsabilidade objetiva - Dano coletivo.....285



## **OBRIGAÇÃO DE MEIO**

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial
- Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova
- Inadimplemento - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Indenização
- Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida..... 239

# **P**

## **PAI**

- Paternidade - Filiação - Direito de família - Direitos da personalidade - Filho ... 227

## **PAÍS ESTRANGEIRO**

- Dano moral - Imunidade de jurisdição - Direito Internacional público - Responsabilidade civil - Constituição Federal ..... 291
- Direito Internacional público - Missão diplomática - Argentina - Brasil - Responsabilidade civil do Estado - Dano material - Dano moral - Prescrição - Direitos humanos - Dignidade..... 263

## **PATERNIDADE**

- Filiação - Direito de família - Direitos da personalidade - Filho - Pai ..... 227

## **PERSONALIDADE JURÍDICA**

- Direito Comercial - Empresa comercial - Sistema econômico - Capitalismo - Código Civil - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - Código Tributário Nacional (CTN)
- Direito Processual Civil..... 15
- Pessoa jurídica de direito público externo - Direito sanitário - Tratado internacional - Niterói (RJ) - República de Cuba - Controle judicial ..... 151

## **PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO EXTERNO**

- Personalidade jurídica - Direito sanitário - Tratado internacional - Niterói (RJ) - República de Cuba - Controle judicial..... 151

## **POSSE**

- Direito de propriedade - Constituição Federal - Código Civil - Função social da propriedade - Contrato - Direito subjetivo - Direito real - Responsabilidade civil - Ação de desapropriação - Usucapião ..... 95

## **PRESCRIÇÃO**

- Direito Internacional público - Missão diplomática - País estrangeiro - Argentina - Brasil
- Responsabilidade civil do Estado - Dano material - Dano moral - Direitos humanos
- Dignidade ..... 263

## **PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

- Imunidade de jurisdição - Imunidade - Execução - Soberania nacional - Estado estrangeiro ..... 219

## **PROFISSIONAL LIBERAL**

- Responsabilidade civil - Advogado - Contrato - Mandato judicial - Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexos de causalidade
- Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio
- Indenização - Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239

# **Q**

## **QUESTÃO PREJUDICIAL**

- Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) - Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA)
- Caixa Econômica Federal (CEF) - Inadimplemento - Má-fé - Dação em pagamento - Contrato inominado - Fiança - Benefício de ordem - Relação de consumo - Ato ilícito - Dano moral - Responsabilidade objetiva - Dano coletivo - Obrigação de fazer ..... 285

# **R**

## **REGIME JURÍDICO**

- Companheiro - Código Civil - União estável - Efeito jurídico - Relação jurídica - Família... 61

## **RELAÇÃO DE CONSUMO**

- Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) - Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA)
- Caixa Econômica Federal (CEF) - Inadimplemento - Má-fé - Dação em pagamento - Contrato inominado - Fiança - Benefício de ordem - Questão prejudicial - Ato ilícito - Dano moral - Responsabilidade objetiva - Dano coletivo - Obrigação de fazer.....285

## **RELAÇÃO JURÍDICA**

- Companheiro - Código Civil - União estável - Efeito jurídico - Regime jurídico - Família ... 61

## **REPÚBLICA DE CUBA**

- Personalidade jurídica - Pessoa jurídica de direito público externo - Direito sanitário
- Tratado internacional - Niterói (RJ) - Controle judicial..... 151

## **RESPONSABILIDADE CIVIL**

- Bioética - Ética médica - Biotecnologia - Direito comparado - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CDC) - Médico - Hospital ..... 187
  
- Dano moral - Imunidade de jurisdição - Direito Internacional público - País estrangeiro
- Constituição Federal ..... 291
  
- Direito de propriedade - Constituição Federal - Código Civil - Posse - Função social da propriedade - Contrato - Direito subjetivo - Direito real - Ação de desapropriação
- Usucapião ..... 95

## **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

- Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial - Imunidade profissional
- Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual
- Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento
- Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Indenização
- Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239
  
- Deficiente físico - Universidade federal - Dano moral - Responsabilidade subjetiva
- Responsabilidade por ato ilícito - Culpa - Dolo..... 271
  
- Direito Internacional público - Missão diplomática - País estrangeiro - Argentina - Brasil
- Dano material - Dano moral - Prescrição - Direitos humanos - Dignidade .....263

## RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial
- Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa
- Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento
- Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Indenização
- Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239

## RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial
- Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa
- Responsabilidade contratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Indenização - Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida..... 239

## RESPONSABILIDADE OBJETIVA

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial
- Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Culpa - Responsabilidade contratual
- Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento
- Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Indenização
- Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239
  
- Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) - Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA)
- Caixa Econômica Federal (CEF) - Inadimplemento - Má-fé - Dação em pagamento
- Contrato inominado - Fiança - Benefício de ordem - Questão prejudicial - Relação de consumo - Ato ilícito - Dano moral - Dano coletivo - Obrigação de fazer ..... 285

## RESPONSABILIDADE POR ATO ILÍCITO

- Deficiente físico - Universidade federal - Responsabilidade civil do Estado - Dano moral - Responsabilidade subjetiva - Culpa - Dolo ..... 271

## RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

- Deficiente físico - Universidade federal - Responsabilidade civil do Estado - Dano moral - Responsabilidade por ato ilícito - Culpa - Dolo..... 271

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial
- Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexos de causalidade - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual
- Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento
- Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Indenização
- Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239

## S

### SEQÜESTRO

- Busca e apreensão - Guarda de menor - Criança - Direito Internacional privado - Lei estrangeira - Código de Processo Civil (CPC) ..... 255

### SERASA

- Vide: Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA)

### SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO (SPC)

- Centralização de Serviços de Bancos SA (SERASA) - Caixa Econômica Federal (CEF)
- Inadimplemento - Má-fé - Dação em pagamento - Contrato inominado - Fiança
- Benefício de ordem - Questão prejudicial - Relação de consumo - Ato ilícito - Dano moral - Responsabilidade objetiva - Dano coletivo - Obrigação de fazer ..... 285

### SIGILO PROFISSIONAL

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial
- Imunidade profissional - Substabelecimento - Código Civil - Conduta - Dano - Nexos de causalidade - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova
- Inadimplemento - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio - Indenização - Dano moral - Sigilo - Culpa presumida ..... 239

### SISTEMA ECONÔMICO

- Direito Comercial - Empresa comercial - Capitalismo - Código Civil - Personalidade jurídica - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - Código Tributário Nacional (CTN)
- Direito Processual Civil..... 15

## **SOBERANIA NACIONAL**

- Direitos humanos - Direito Internacional público - Territorialidade - Direito Penal Internacional - Tribunal Penal Internacional..... 109
- Imunidade de jurisdição - Imunidade - Execução - Princípio da igualdade - Estado estrangeiro ..... 219

## **SOCIEDADE DE FATO**

- Homossexualismo - Casamento - Família - Direito à intimidade - União de fato - União estável - Constituição Federal ..... 29

## **SPC**

- Vide: Serviço de Proteção ao Crédito (SPC)

## **SUBSTABELECIMENTO**

- Responsabilidade civil - Advogado - Profissional liberal - Contrato - Mandato judicial - Imunidade profissional - Código Civil - Conduta - Dano - Nexo de causalidade
- Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade objetiva - Culpa - Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Inversão do ônus da prova - Inadimplemento - Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CPC) - Obrigação de meio
- Indenização - Dano moral - Sigilo profissional - Culpa presumida ..... 239

# **T**

## **TERRITORIALIDADE**

- Soberania nacional - Direitos humanos - Direito Internacional público - Direito Penal Internacional - Tribunal Penal Internacional..... 109

## **TRATADO INTERNACIONAL**

- Personalidade jurídica - Pessoa jurídica de direito público externo - Direito sanitário
- Niterói (RJ) - República de Cuba - Controle judicial ..... 151

## **TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

- Soberania nacional - Direitos humanos - Direito Internacional público - Territorialidade
- Direito Penal Internacional ..... 109

# U

## UNIÃO DE FATO

- Homossexualismo - Casamento - Família - Direito à intimidade - União estável - Sociedade de fato - Constituição Federal ..... 29

## UNIÃO ESTÁVEL

- Companheiro - Código Civil - Efeito jurídico - Relação jurídica - Regime jurídico - Família ..... 61
- Homossexualismo - Casamento - Família - Direito à intimidade - União de fato - Sociedade de fato - Constituição Federal ..... 29

## UNIVERSIDADE FEDERAL

- Deficiente físico - Responsabilidade civil do Estado - Dano moral - Responsabilidade subjetiva - Responsabilidade por ato ilícito - Culpa - Dolo..... 271

## USUCAPIÃO

- Direito de propriedade - Constituição Federal - Código Civil - Posse - Função social da propriedade - Contrato - Direito subjetivo - Direito real - Responsabilidade civil - Ação de desapropriação..... 95