

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO

CARLA WATANABE

ENTRE O SUJEITO UNIVERSAL E A INVISIBILIDADE

Onde estão os vulneráveis?

Brasília/DF

2022

CARLA WATANABE

ENTRE O SUJEITO UNIVERSAL E A INVISIBILIDADE:

Onde estão os vulneráveis?

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito Constitucional.

Orientadora: Prof. Dra. Luciana Silva Garcia

Brasília/DF

2022

CARLA WATANABE

ENTRE O SUJEITO UNIVERSAL E A INVISIBILIDADE: Onde estão os vulneráveis?

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito Constitucional.

Aprovado em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Profa. Luciana Silva Garcia

Profa. Carolina Costa Ferreira

Profa. Camilla de Magalhães Gomes

AGRADECIMENTOS

Este trabalho apenas foi possível devido às horas de dedicação que foram furtadas do convívio diário de minha família: é à Flor e à Carol que agradeço pela paciência e pela compreensão. Agradeço à minha orientadora, Profa. Luciana, por sua grande empatia e por apontar-me o rumo nos momentos mais delicados da pesquisa. Finalmente, não posso deixar de mencionar os colegas de trabalho do 28º. Tabela de Notas, cujo apoio me permitiu concluir esta dissertação.

RESUMO

Esta pesquisa questiona como o sistema extrajudicial lida com as vulnerabilidades da pessoa em concreto da contemporaneidade, comparativamente ao modelo baseado no sujeito universal dos códigos oitocentistas. A hipótese de trabalho é a de que esses profissionais ainda se utilizam do paradigma do direito da Modernidade, baseado na abstração do indivíduo racional, livre e voluntarista, e centrado apenas no seu patrimônio. Esse modelo foi superado após a Constituição Federal de 1988. O direito privado agora tem seu vértice na pessoa humana e deve ser interpretado de acordo com a ordem objetiva de valores derivada do texto constitucional. Esta visão renovada permite tutela diferenciada dos grupos vulneráveis. Foi utilizada a pesquisa histórica como método de trabalho, permitindo concluir que a origem das serventias extrajudiciais ocorreu com o tabelião de notas na Idade Média portuguesa. Sua arquitetura jurídica permanece inalterada até hoje e serviu de modelo para todos os demais registros públicos conhecidos como “cartórios”, criados a partir de meados do Século XIX. Objetivavam fornecer segurança jurídica ao capital em um cenário no qual a economia de mercado surgia no Brasil. As análises do discurso da época e da atualidade permitem concluir que seu modelo de atuação ainda é vinculado ao momento histórico do surgimento, ou foi ressignificado para a racionalidade liberal, como no caso do tabelião. Por este motivo, aponta-se que esses profissionais ainda utilizam a mesma filosofia dos códigos oitocentistas que, ao aplicar a ficção legal da isonomia formal e centrar-se apenas no patrimônio, não enxerga as vulnerabilidades da pessoa em concreto. Como forma de demonstrar a inadequação do direito moderno para a contemporaneidade, o trabalho é permeado por análises de episódios concretos, ligados ao extrajudicial, realizadas sob a perspectiva do direito da antidiscriminação.

PALAVRAS-CHAVE

“indivíduo” – “serviços notariais e de registro” – “discriminação” – “vulnerável” – “modernidade”

ABSTRACT

This research questions how the extrajudicial system deals with the vulnerabilities of the person in concrete contemporaneity, compared to the model based on the universal subject of 19th century codes. The working hypothesis is that these professionals still use the paradigm of Modernity law, based on the abstraction of the rational, free and voluntarist individual, and focused only on their heritage. This model was superseded after the Federal Constitution of 1988. Private law now has its vertex in the concrete person and must be interpreted according to the objective order of values derived from the constitutional text. This renewed vision allows for differentiated protection of vulnerable groups. Historical research was used as a working method, allowing us to conclude that the origin of extrajudicial services occurred with the notary public in the Portuguese Middle Ages. Its legal architecture remains unchanged to this day and served as a model for all other public records known as “cartories”, created from the mid-19th century onwards. They aimed to provide legal security to capital in a scenario in which the market economy emerged in Brazil. The analysis of the discourse of that time and the present allow us to conclude that its model is still linked to the historical moment of its emergence, or was re-signified for the rationality of the market, as in the case of the notary public. For this reason, it is pointed out that these professionals still use the same philosophy of 19th century codes that, when applying the legal fiction of formal isonomy and focusing only on wealth, do not see the vulnerabilities of the person in concrete. As a way of demonstrating the inadequacy of modern law for contemporaneity, the work is permeated by analyzes of concrete episodes, linked to the extrajudicial, carried out from the perspective of anti-discrimination law.

KEYWORDS

“individual” – “notarial and registry services” – “discrimination” – “vulnerable” – “modernity”

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. O DIREITO E O PARADIGMA DA MODERNIDADE	10
2.1. O iluminismo e o direito moderno	10
2.2. O voluntarismo	18
2.3. O direito brasileiro, o sujeito moderno e o liberalismo das grandes codificações.....	22
3. AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS E O DIREITO DA MODERNIDADE.....	41
3.1. O tabelião de notas.....	42
3.2. O contexto do surgimento dos registros.....	52
3.3. O registro de imóveis.....	55
3.4. O registro civil das pessoas naturais.....	64
3.5. Os registros públicos e o tabelionato na contemporaneidade.....	77
4. O PROVIMENTO Nº 100/2020 – CNJ E SEUS EFEITOS SOBRE GRUPOS VULNERÁVEIS.....	86
4.1 O surgimento da pandectística alemã e o conceito de “negócio jurídico”	87
4.2 O direito civil constitucional e a pessoa em concreto.....	93
4.3 O Provimento nº 100/2020 – CNJ, a abordagem da Teoria Crítica e os hipossuficientes	103
4.4 O Provimento nº 100/2020 – CNJ e os idosos como grupo vulnerável.....	109
4.5 O provimento nº 100/2020 – CNJ na perspectiva do direito da antidiscriminação ...	123
5. A ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL E OS OPERADORES DO EXTRAJUDICIAL.....	127
5.1 Considerações Metodológicas.....	128
5.2 O nome civil e sua inalterabilidade.....	131
5.3 O nome da mulher casada.....	137
5.4 O nome da pessoa transexual.....	144
5.5 O nome da mulher casada e o da pessoa transexual sob a ótica do direito da antidiscriminação.....	161
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	165
REFERÊNCIAS.....	167

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa busca pistas sobre como o sistema extrajudicial lida com a existência de pessoas que merecem proteção especial da sociedade, ou sejam, grupos e populações subalternizadas. A discussão ganha relevo porque o reconhecimento de inúmeros direitos dessas pessoas passa pela chancela dos titulares das serventias que compõem o sistema. Assim, a forma como esses profissionais enxergam e aplicam a legislação pode ter influência decisiva sobre os direitos dessas populações. Para possibilitar esse entendimento de forma ampla, foi considerado o discurso de todos os operadores do direito que lidam com o tema de registros públicos e de notas, sejam titulares, tribunais, corregedorias e escritores. Esta pesquisa, cabe ressaltar, é uma das raras no ramo do direito que interpreta de forma crítica a função extrajudicial. O fato de a autora ser titular de serventia extrajudicial empresta ineditismo maior.

A hipótese de pesquisa é a de que existe uma inadequação entre o pensamento dos operadores desse sistema e as expectativas dessas pessoas que buscam seus serviços. Essa frustração seria motivada pela persistência do paradigma da Modernidade, surgido a partir do Século XVIII, no discurso e nas práticas desses agentes. O descompasso surgiria porque muitos dos pleitos dessas populações têm respaldo em uma visão renovada do direito privado, fundamentada nos valores trazidos pela Constituição de 1988.

O caminho escolhido foi o da pesquisa histórica, que permitiu uma resposta objetiva para o problema de pesquisa. Foram utilizadas fontes primárias, como livros de juristas publicados no Século XIX e no início do Século XX para reconstruir o discurso da época sobre o direito privado, tabelionato de notas e os registros públicos. Fontes secundárias foram utilizadas para refazer a história dos tabeliães de notas desde seu surgimento, no Século XIII. Para este propósito, livros vieram de Portugal, alguns datados do início do Século XX. Por meio de acesso online a bibliotecas portuguesas, foi possível consultar documentos originais que versavam sobre esses profissionais. A partir desta pesquisa, possibilitou-se o entendimento das raízes da atual estrutura dos cartórios extrajudiciais e da missão que eles tinham à época, ressignificada para o momento presente. Esta análise permeou todo o texto, permitindo que a pesquisa chegasse a termo.

O primeiro capítulo do trabalho estuda o surgimento do direito da Modernidade. Identifica suas origens em um contexto mais amplo, vinculado ao movimento do Iluminismo. É naquele momento que surge seu paradigma essencial, centrado no indivíduo abstrato, livre, dotado de razão e de vontade. Demonstra-se que o edifício jurídico da Modernidade é construído a partir dele, em um mundo no qual os valores da burguesia tornaram-se dominantes. O Brasil

também foi atingido por esse movimento, mas de forma diferente, por meio do “Iluminismo Ibérico”, de caráter reformador. Diante dessa peculiaridade, é estudado o próprio liberalismo brasileiro, predominante no Século XIX, suas características e a convivência com a escravidão. São analisadas as tentativas de codificação do direito civil e as características do Código de 1916, de caráter individualista, patrimonialista e patriarcal, seguindo o modelo do direito da Modernidade.

Em seguida, é analisada a origem do sistema de registros públicos e de tabelionato no Brasil. A partir da história do tabelião, verifica-se o surgimento de todas as especialidades de registro com o seu mesmo modelo funcional, no fim do Século XIX. É estudado o contexto do surgimento do registro de imóveis, diante do aprofundamento da racionalidade liberal daquela época. O mesmo pode ser afirmado para o registro civil, como forma de o Estado identificar e conhecer seus cidadãos. É feita breve análise crítica do papel dessas instituições na contemporaneidade, inclusive sob a perspectiva do direito da antidiscriminação.

O estudo sobre o Provimento CNJ 100/2018 também reforça a hipótese da pesquisa. É estudada a pandectística alemã para detalhar o paradigma presente no direito contratual clássico brasileiro. Em contraponto, é mostrada a atual superação desse modelo por meio dos instrumentos do direito civil constitucional. Nessa renovação, o centro do ordenamento passa a ser a pessoa em concreto. Para tanto, é aprofundada a análise sobre o conceito de vulnerabilidade e os valores constitucionais que permitem a tutela diferenciada no direito contemporâneo. A análise dos efeitos do Provimento CNJ 100/2018 é realizada sob a perspectiva do direito da antidiscriminação, considerando a população dos idosos como especialmente atingida.

O trabalho termina com o estudo do impacto diferenciado que a questão da alteração do nome da pessoa natural teve para duas populações historicamente subalternizadas, a das mulheres casadas e a das pessoas transexuais. Trata-se de um tema da história recente do direito, pois já foram superadas, ao menos no plano ideal, as disparidades discutidas. Nesse aspecto, o advento da Lei 14.382, de 27/06/2022, que possibilitou a alteração injustificada de nome, em nada altera o desenvolvimento da pesquisa realizada. Em um primeiro momento, é analisado o “dogma” da inalterabilidade do nome, presente em todas as legislações de registros públicos desde sua primeira consolidação e os argumentos jurídicos que o sustentavam. Posteriormente, são vislumbrados os tratamentos díspares, na questão do nome, para as mulheres casadas e para as pessoas transexuais, concluindo-se com um estudo sob a perspectiva do direito da antidiscriminação. Para cada uma dessas populações, são analisados os discursos dos operadores do direito e suas eventuais contradições.

2. O DIREITO E O PARADIGMA DA MODERNIDADE

2.1 O ILUMINISMO E O DIREITO MODERNO

O direito pré-moderno privado europeu teve como ponto de origem a redescoberta do direito romano na Alta Idade Média. O “*corpus iuris civiis*” de Justiniano passou ser estudado por uma classe de letrados que, a partir dele, ensinavam, faziam comentários, glosas ou emitiam opiniões. Esse grupo, denominado de juristas, passou a ser respeitado e a ocupar posições nas cortes, ligadas à diplomacia e à administração, fabricando sua jurisprudência, que guiava a aplicação prática do direito (HESPANHA, 2019).

Esse direito romano redescoberto se juntou a diversas outras fontes e formou o “*ius commune*”. Este conjunto, praticado na Europa durante a baixa Idade Média (Séculos XII a XVII), tinha a pretensão de ser uno. Afinal, faziam parte dele, além do direito justinianeus, o direito canônico e o direito feudal, e era ensinado em todas as universidades europeias da mesma forma¹ e na mesma língua, o latim. Essa unidade, porém, ficava restrita aos letrados, que dominavam a cultura jurídica da época, e diminuía à medida que da comunidade deles se afastava, pois o povo comum tendia a mesclá-lo com a prática de um direito de acordo com as suas particularidades locais, o que caracterizava o pluralismo jurídico. Havia também o contraste com os direitos particulares (*ius patrium*), que se sobrepunham ao direito comum, devido à sua especialidade (CABRAL, 2019).

O *ius patrium* era constituído pelas diversas ordenações particulares de cada reino. Como ainda era um período de formação dos Estados nacionais, a vontade do rei não era a única fonte do direito. Havia concorrência dos costumes, da jurisprudência e de jurisdições senhoriais que, não raras vezes, instituíam privilégios. Era o tempo do “*Ancien Régime*”, baseado em ordenamentos específicos para cada estamento.

A ideia de um direito uno estava associada à ideia de uma fé única, pois a própria jurisdição da Igreja se pretendia universal. A Reforma Protestante, no Século XVI, veio abalar essas certezas e quebrou a unidade do cristianismo no Ocidente. Ela trouxe questionamentos e a necessidade de o direito encontrar novas justificativas para si. Estava aberto o caminho para a crítica, pois a reforma religiosa afirmava que as descobertas científicas seriam uma maneira de aproximar-se de Deus. Era um novo olhar para o mundo, agora não necessariamente ligado à tradição jusnaturalista teocêntrica e possibilitou ideias e renovação (WEBER, 2000).

¹ Nas universidades, o conteúdo ensinado era sempre o mesmo, ou seja, o direito romano, para o curso de Leis; e o canônico, para o curso de Cânones (CABRAL, 2019)

O Iluminismo foi um movimento que surgiu na Europa Ocidental no Século XVIII². Fora antecedido pelas grandes descobertas científicas do século anterior, promovidas por Galileu, Newton e Descartes, entre outros. De fato, existia um clima de relativo otimismo naquela época, favorecido pelo aumento, em termos globais, da população, do comércio e da produção industrial e agrícola. Percebia-se, já um pouco antes de 1740, um considerável incremento da circulação de ideias nos grandes centros do continente, o que trazia a todos a percepção de que algo novo estaria a surgir. Seria a chamada “Europa das Luzes” (FALCON, 2002).

Havia um desejo generalizado de rompimento com o passado, com as tradições que impediam o pleno desenvolvimento do homem. Este deveria sair de “*sua menoridade, menoridade essa na qual ele se inseriu por sua própria culpa. Menoridade é a incapacidade de se servir do próprio entendimento sem a condução de outrem. (...) Sapere Aude!*³ *Tenha a coragem de te servir de teu próprio entendimento! Este é, portanto, o lema do Esclarecimento*” (KANT, 2013, p. 23-24).

O entendimento mencionado por Kant como essencial para o Esclarecimento é a razão humana. Ela seria a ferramenta que permitiria ao homem ter consciência de seu objeto de conhecimento. Afinal, Deus, como um ente racional, tudo criaria de acordo com os preceitos da razão. Existiria, em consequência, uma continuidade entre o homem e a natureza, pois ambos seriam parte desse mesmo mundo. A partir dessa ideia, seria possível concluir pela existência de “leis racionais”, naturais e universais que regulariam a sociedade humana e a natureza. Para tanto, adotou-se como padrão o modelo físico-matemático, já utilizado com pleno sucesso nas ciências da natureza. Foi este o paradigma de racionalidade do Iluminismo, replicado para todos os outros ramos do conhecimento (FALCON, 2002).

O otimismo diante das infinitas possibilidades da razão como instrumento de emancipação humana representou um rompimento com a ordem anterior. Naquela, o limite do conhecimento era ditado pela “revelação divina”, ou de autoridades que haviam previamente escrito sobre o tema. Esse passado, simbolizado pela tradição, era representado pelas justificativas teocêntricas do poder absoluto dos reis; pela força da Igreja, de seu Tribunal da Santa Inquisição e de seu alegado obscurantismo; pela divisão da sociedade em estamentos que, como o clero e a nobreza, eram cercados de privilégios, enquanto a maioria do povo sustentava o Estado com

² O vocábulo “Iluminismo” possui uma polissemia. Tanto pode significar um movimento intelectual que atingiu seu ápice no Século XVIII, quanto o início do processo da emancipação humana, que se iniciou a partir dos Setecentos. Em sentido conotativo, é sinônimo de “Ilustração” e de “Esclarecimento” (FALCON, 2002).

³ Do latim “ouse saber”. Nota do tradutor (KANT, 2013).

o pagamento de seus tributos; e pelo mercantilismo com seus monopólios, intervenção estatal e barreiras protecionistas.

Essa oposição ao *status quo* até então vigente carregou simpatias da maioria do tecido social. Levou a profundas mudanças políticas e econômicas na maioria dos países europeus a partir do final do Século XVIII, sejam por meio de revoluções, como a Revolução Francesa, ou por meio de reformas estruturais no Estado, como no caso do Iluminismo Ibérico, que será tratado mais adiante.

Entre os grandes interessados no sucesso do movimento estava a burguesia. O Antigo Regime trazia muitos obstáculos à livre circulação das mercadorias. A nascente Revolução Industrial tinha como consequência o aumento da produção fabril, com a possibilidade de contratar diretamente o operário e de escoar sua produção para outros mercados. Todas essas providências seriam difíceis de serem obtidas em uma sociedade estática, com o poder centralizado, com inúmeros monopólios e desigualdades estamentais.

O fato de a burguesia abraçar as ideias do Iluminismo não significa que ele foi um movimento burguês. A base social desse movimento não se encontrava, é evidente, entre o clero e a nobreza, mas em uma classe média não muito distante do povo trabalhador. Quem escrevia era uma pequena elite de “letrados”, composta de engenheiros, juristas, militares, professores e altos funcionários civis. Eles se situavam entre a alta e média burguesia e o povo trabalhador (FALCON, 2002). Seu pensamento, porém, foi extremamente útil à nova classe dominante, que desejava derrubar as antigas estruturas e instaurar uma nova ordem.

O pensamento dos filósofos iluministas ecoou em diversas áreas do conhecimento e o direito não ficaria imune a essa tendência. As ideias de liberdade, progresso e tolerância, lastreadas na razão, floresceram nas universidades da Europa continental e foram transmitidas às burocracias que sustentavam o Estado absolutista. Ao unir-se à corrente do jusracionalismo nascente, influenciou as futuras legislações europeias e todo seu pensamento jurídico desde então (WIEACKER, 2015).

As bases do direito moderno encontram-se nesse pensamento racional, característica básica do Iluminismo. Podemos encontrá-las principalmente a partir de René Descartes, com seu “Discurso do Método” (Século XVII). Ele lançou as bases do “idealismo cartesiano”, que mais tarde foi o fundamento de um direito com pretensões de ser universal, racional e eterno, lastreado na linguagem das ciências naturais, ou seja, na matemática. Ela seria a base de entendimento para um saber evidente, sólido e sempre válido; portanto, longe da vagueza, instabilidade e contradição que Descartes percebia nas disciplinas tradicionais. Ele acreditava que o

entendimento do mundo teria de ser o resultado de uma reflexão puramente racional, afastada de qualquer contato com a realidade externa (HESPANHA, 2019).

O método cartesiano, aliado à sua máxima “*penso, logo existo*”, fazia concluir como certa a existência do indivíduo. Este, como ente abstrato, era o elemento mais simples a que se poderia chegar por meio da reflexão humana. A partir desse ponto de partida, seria possível concluir, por dedução, que o indivíduo era dotado de razão e de uma vontade. Esta, direcionada pela razão, seria a força motriz que permitiu a formação da sociedade, a qual nada mais seria do que um agrupamento de indivíduos autônomos (HESPANHA, 2019). Esses conceitos formaram a lógica que orientou a partir de então o direito e a política modernos.

A razão individual passaria a ser o novo fundamento do direito. De fato, com o fim da unicidade do cristianismo ocidental, deveria existir uma justificativa outra para o direito que não fosse a fé em um criador onisciente. A razão assumiria esse papel, pois era comum a todos os homens e independente de seus credos. Ela geraria uma ideia de justiça com validade universal, eterna e abstrata, à semelhança do modelo das ciências naturais, que se utiliza de abstrações lastreadas em equações alfanuméricas (HESPANHA, 2019).

Afinal, os modelos matemáticos são os preferencialmente utilizados para descrever fenômenos físicos até hoje. A razão passou a ser o instrumento utilizado para descobrir as leis, expressas em equações de cálculo com números complexos, diferenciais e integrais, pelas quais a natureza se manifesta. Ao transpor esses acontecimentos naturais, objetos de observações direcionadas, para um universo abstrato, puramente racional, restrito a números eternamente válidos, ficaria claro que a legitimidade desses modelos independeria de qualquer outra instabilidade ou incerteza.

Era uma grande diferença para o modelo anterior, aristotélico, baseado em uma especulação desinteressada diante de um universo pretensamente harmônico. A partir de cientistas como Galileu Galilei, a ciência se separaria definitivamente da filosofia. Sua autonomia permitiu-lhe uma nova moralidade, pois ela deveria ser útil ao homem. Em decorrência, foi supervalorizada a técnica, pois esta permitiria explorar a natureza de forma eficaz. Daquele momento em diante, a medida desse universo moderno passou a expressar por números, a tal ponto que Galileu teria afirmado que o livro da natureza estava escrito em símbolos matemáticos (VILLEY, 2009).

Este foi o modelo transplantado para o direito (VILLEY, 2009). Afinal, a ideia de justiça, quando transposta para o universo puramente abstrato e idealizado, restaria sempre íntegra na razão humana. A partir desse conceito puro, derivariam todas as normas, as quais independiam de fatos concretos, de localizações geográficas, ou de características ínsitas a cada pessoa.

Era o novo jusnaturalismo. Agora não mais centrado em Deus ou na natureza, mas na razão humana. Daí chamar-se juracionalismo.

Seu objeto era o indivíduo, tal como idealizado por Descartes, que seria a base para todos os conceitos desse novo direito natural. Dele seriam a razão e a vontade, ferramentas para construir a nova ciência jurídica (HESPANHA, 2019). Como a ideia do que seria o indivíduo era alcançável apenas pela razão, não era possível deduzir a partir dela quaisquer características que o particularizassem. Ele não teria *a priori* quaisquer adjetivos, como sexo, etnia, credo, pátria ou raça. A sociedade seria idealmente composta por eles, todos indivíduos iguais entre si. Por esse motivo, o direito racional moderno deduzia a isonomia entre todos como um pilar básico de sua ideologia.

Essa igualdade precípua de todos os indivíduos estaria na origem da sociedade. Uma vez que cada um deles seria dotado de razão e de vontade, poderia decidir o melhor para si. Era esta a liberdade do indivíduo em seu estado de natureza. As teorias contratualistas se formaram a partir desses conceitos, ou seja, tendo como antecedente indivíduos formalmente iguais e livres para decidir. Eles resolvem racionalmente, por um ato de vontade de cada um, formar a sociedade política, pois esta os levaria a uma situação melhor do que aquela na qual se encontravam inicialmente.

Perceba-se que esse pensamento contratualista vê a sociedade como uma instituição artificial, construída por um ato de voluntarismo extremo. Essa vontade, ainda que subordinada à razão, é considerada a expressão da plena liberdade do indivíduo (HESPANHA, 2019). Daí considerar-se a liberdade como elemento essencial do direito privado moderno, pois o indivíduo necessita ser livre para contratar na nova ordem; para vender sua mão-de-obra; para comercializar seus produtos sem a interferência de monopólios, e sem qualquer regulação estatal; e para ser proprietário, com a possibilidade de usar, fruir, e, se assim o desejar, destruir a coisa de que tem o domínio.

Consequência imediata do individualismo⁴, da liberdade e do voluntarismo advindos do contrato social é a teoria dos direitos subjetivos. Estes são os direitos que permanecem com o indivíduo, após a celebração do contrato social. Sua especificação depende do filósofo e de seu respectivo conceito de contrato social. Era consenso que, no estado de natureza, todos poderiam exercer livremente seus direitos, mas, ou havia uma guerra de todos contra todos, de acordo

⁴ Neste trabalho, é adotada para discussão a versão moderada do individualismo. Trata-se do fundamento teórico comum ao primeiro liberalismo econômico, ao contratualismo e ao jusnaturalismo e que consiste em atribuir ao indivíduo valor central, relativamente às comunidades da qual ele faz parte. O individualismo radical, a seu turno, confunde-se com as teses do anarquismo, que atribui valor infinito ao indivíduo e nulo à sociedade (ABBAGNANO, 2007).

com Thomas Hobbes; ou a impossibilidade de exercer plenamente esses direitos, no pensamento de John Locke. Com o advento da sociedade política, todos concordam em restringir alguns direitos em troca de proteção e de segurança (HESPANHA, 2019). No caso de Hobbes, espelho do absolutismo, a renúncia é praticamente total, apenas restando o direito à vida. Para Jean-Jacques Rousseau, que adota a vertente democrática, a entrega dos direitos individuais à soberania da *vontade geral* não difere muito da renúncia hobbesiana, pois a lei abstrata e geral definiria os limites para esses direitos, podendo inclusive suprimi-los totalmente. Para Locke, filósofo do liberalismo, o indivíduo continua a tê-los quase que integralmente, pois a função do soberano seria exatamente a de garantir o exercício dos direitos subjetivos, tais como os do credor exigir sua prestação do devedor; o do proprietário usar, fruir e abusar de seu bem, com exclusão de terceiros; e o direito sobre o cônjuge, quer de abstenção, ou seja, o de manter fidelidade a ele, quer de ação, com a cobrança do débito conjugal (HESPANHA, 2019). O comum a todas essas teorias, porém, é a ideia de que esses direitos subjetivos não são criados com a associação política, mas preexistem a ela; e dependem apenas de um ato de vontade para seu exercício. Por este motivo, denominam-se “direitos do sujeito” e podem por ele ser usufruídos livremente, a depender da restrição imposta pela arquitetura do contrato social.

Interessante é uma nota quase que contraditória do direito natural racional. Ao se basear na vontade livre, lastreada na razão, do indivíduo como base para estruturar o direito, ele recai em um autêntico “*voluntarismo axiológico*”, do qual o contrato é o maior exemplo, para construir a ordem social (HESPANHA, 2019, p. 323). Em contraponto, o direito, ao pretender aproximar-se de conhecimentos como a matemática, ou do modelo das ciências naturais, deveria também levar a uma outra organização, esta de natureza puramente objetiva, não simplesmente a decorrente da vontade.

Esta aparente contradição se manifestou mais claramente com o direito natural quando de sua positivação⁵. A ideia que secundou essa transição foi a de que, uma vez considerado o direito natural eterno, nada impediria que ele fosse transcrito para normas escritas; ou seja, positivado. Na prática, o que se obteve foi a maior certeza na aplicação do direito, uma vez que o ideal jusnaturalista era composto apenas de conceitos vagos que guiavam o julgador.

Por ser criada a partir do direito natural, fundado na razão, essa ordem objetiva também se pretendia racional. Nasceu, assim, a noção de direito como sistema, característica central do juspositivismo moderno. “*Sistema é um conjunto unitário e coerente de elementos harmonicamente conjugados, com relações de subordinação e coordenação entre si*” (AMARAL, 1998,

⁵ O sistema de leis positivo leva posteriormente à ideia de “vontade” do legislador.

p. 38). Suas características essenciais são a plenitude, unidade e coerência entre suas normas, a partir do que é possível eliminar antinomias e suprir lacunas, além da eventualidade de ampliar o universo de sua aplicação, por meio da aplicação da analogia.

A utilização do método dedutivo para o direito nasce a partir dessa noção. O ordenamento jurídico, ao ser visto como sistema, deveria formar um conjunto lógico e ordenado, criado pela razão humana^{6 7}. Este é um traço inovador do direito moderno, diante do cenário que o antecedeu, uma vez que, no período anterior, havia concorrência entre o direito comum e os direitos e jurisdições locais e particulares, o que gerava incertezas quanto à regra aplicável e à decisão do juiz. O surgimento dessa visão, em contraponto, possibilitaria maior previsibilidade na aplicação da norma à hipótese fática (AMARAL, 1998).

A concretização desse ideário deveria ocorrer por meio dos códigos de leis. Verdadeiros monumentos da razão, eles deveriam sistematizar determinadas áreas do saber jurídico em sentenças simples e acessíveis ao comum do povo. Por esse motivo, a codificação não deveria ser projetada pelos detentores da tradição, ou da prática, como os juízes. Ao contrário, deveria ser obra de uma equipe de pessoas de confiança do soberano, com amplo conhecimento de filosofia e de política (WIEACKER, 2015). Assim, não houve nenhuma incompatibilidade aparente pelo fato de os primeiros códigos terem sido criados durante governos de déspotas esclarecidos, no período absolutista⁸.

A pretensão dos códigos era a de eternidade. Afinal, sua fonte era o direito natural racional, que antecedia as legislações, não o voluntarismo contingente. Por esse motivo, Jeremy Bentham afirmou que o código deveria ser um sistema universal e fechado (HESPANHA, 2019), pois sua aplicação era ligada apenas à razão individual, própria a todos os homens, e suas regras poderiam ser aplicadas por simples deduções a partir de exercícios de lógica.

O maior exemplo histórico do surgimento do direito moderno pode ser encontrado na sociedade francesa revolucionária, que derrubara no final do Século XVIII o “*Ancien Régime*”, baseado em privilégios estamentais. As ideias de igualdade formal e de liberdade, frutos de reflexões dos teóricos iluministas, a floraram a partir desses eventos.

⁶ Esta é uma grande diferença para as antigas legislações medievais. Poderíamos denominar de consolidação ou compilação um conjunto de normas sobre determinado assunto, uma vez que não haveria uma sistematização prévia delas. Ela não tem o objetivo de inovar; apenas o de agregar tudo o que já teria sido regulamentado acerca do tema. É o caso das “*Ordenações do Reino*”, de Portugal, aprofundadas mais adiante; e das “*Ordonnances Des Rois de France*”, da França (AMARAL, 1998).

⁷ O sistema racional prometido pela codificação tem condições de ser um projeto de futuro melhor para a sociedade, ou seja, o legislador se encontra na mesma posição do sujeito moderno, capaz de promover a emancipação por meio da lei, a qual se tornaria um instrumento de progresso.

⁸ É o caso do Código Geral da Prússia, cuja entrada em vigor estava prevista para 1792, sob o governo absolutista de Frederico Guilherme II (WIEACKER, 2015).

O Código Napoleão (Código Civil Francês, Code Civil ou Code Napoléon), que se seguiu à Revolução, foi a maior obra legislativa de sua época. Foi o ápice do jusracionalismo, que se expressou pela sistematização do direito; pela consagração da propriedade como direito fundamental; e pela igualdade formal entre os contratantes. Tudo decorrente da liberdade individual, o que torna indiscutíveis as fortes influências das ideologias jusracionalista e liberal na sua confecção. Nele são ainda reforçados padrões patriarcais e de subalternização da mulher. São exemplos o exercício do pátrio poder pelo marido sobre a esposa durante o todo o casamento; e o adultério feminino como causa do divórcio em qualquer situação, enquanto, no caso masculino, o adultério apenas se caracterizaria quando o marido leva a concubina para o lar conjugal (CASTRO, 2014).

O ideal de indivíduo abstrato, conceito básico da filosofia cartesiana, foi plenamente utilizado naquela legislação. Ele, porém, se confundiu concretamente com o sujeito de direitos burguês daquele momento histórico. Afinal, os interesses protegidos naquele código eram os de uma pessoa branca, proprietária e do sexo masculino, pois a mulher foi excluída do direito de cidadania na Revolução Francesa, a despeito da publicação da “*Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã*”, pela escritora Olympe de Gouges em 1791 (COMPARATO, 2019).

A carga ideológica da Revolução Francesa, com os valores da nova classe dominante, espalhou-se pelo mundo. O antigo sistema de estamentos foi substituído pela igualdade formal entre os cidadãos, que teriam plena independência para contratar e fazer transitar seus bens. A propriedade foi reconhecida como o direito natural por excelência. Nessa ordem, a burguesia trouxera consigo um modelo econômico no qual procurava-se a menor interferência possível do Estado, com o objetivo de proporcionar ampla liberdade para seus negócios. Todo um novo sistema jurídico foi construído para atender a esses interesses (FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD, 2019).

De fato, o Iluminismo e o movimento jusracionalista, no direito, deram o suporte ideológico para a ascensão da classe burguesa. As revoluções dos Séculos XVIII e XIX trouxeram consigo a derrocada de um regime baseado em castas e privilégios, substituído pela nova ordem dominante. A perspectiva de mundo dessa classe emergente não tardou a se apresentar em todos os campos do saber, especialmente na área jurídica, a tal ponto que era possível afirmar que o liberalismo, cujo “*patrimônio teórico e ideológico é, no domínio do direito, subsidiário do Iluminismo*”, encontra seu carro-chefe na codificação (HESPANHA, 2019, p. 363).

A partir daí, o pensamento jusnaturalista, instrumentalizado pela ascensão da nova classe dominante e materializado pelos códigos, ganhou amplo espaço na Europa. Era uma expansão esperada, pois uma das peculiaridades do direito natural era a pretensão à universalidade

e à eternidade. Durante todo o Século XIX floresceram os esforços pelas grandes codificações, todas inspiradas pelo mesmo caráter jusracionalista e liberal do Código Napoleão. São exemplos o *Codice Civile del Regno d'Italia*, promulgado em 1805; o Código Civil holandês – *Burgerlijk Wetboek* (BW), que entrou em vigor em 1838; o código civil do Egito (1875); e o da Romênia (1864), entre inúmeros outros. O *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) alemão, de 1896, apesar de compartilhar o mesmo espírito liberal, era baseado na corrente do positivismo científico, fruto em boa parte da pandectística germânica (WIEACKER, 2015). Todas essas extensas normativas, concentradas em um único texto, tinham como pretensão a plenitude, ou seja, o de prever o maior número de situações possíveis da vida em sociedade.

Todas essas codificações tinham em comum a mesma inspiração liberal. Adotavam a crença incontestável no individualismo, “*verdadeira religião do direito moderno*” (TEPEDINO, 2001). Adotavam como lema a liberdade, cujo espírito as permeava por inteiro e se expressava principalmente nos temas da propriedade, do contrato e do testamento. Deve-se frisar que, naquela época, o direito privado era o próprio código civil. Ele era considerado como a constituição do direito privado, por sua pretensão à completude e, principalmente, por delimitar um espaço no qual o Estado não deveria interferir (BODIN DE MORAES, 2010).

2.2 O VOLUNTARISMO

A vontade do indivíduo abstrato se encontra na base do pensamento cartesiano, que fundamentou o edifício jurídico moderno. Foi ela que, guiada pela razão, serviu como instrumento para fundar a sociedade, como consequência de um pacto entre todos os indivíduos. Sua característica essencial era a de ser livre, pois o voluntarismo fundante do contrato social não tinha, nem poderia ter, limitações, a tal ponto de ser hábil para aceitar a posterior submissão ao soberano. A razão era seu único norte, pois esta permitiu ao indivíduo decidir sair do estado de natureza. Por meio dela, seria construída não mais uma república ou uma comunidade, modelos até então utilizados, entidades nas quais são compartilhados interesses comuns de todos, mas uma sociedade⁹, fruto de interesses privados.

Interessante é perceber que, mesmo após o pacto, a partir da vontade de cada indivíduo, nada muda em seguida. A sociedade não forma um novo ente, apenas constitui um soberano.

⁹ O sentido do que seja “sociedade” modificou-se ao longo dos tempos. Os jusracionalistas utilizaram um conceito diferente dos antigos gregos, uma vez que introduziram a ideia de indivíduo, que era estranha aos clássicos. Para os modernos, a sociedade é fruto do contrato social, é o campo de relações intersubjetivas dos indivíduos que a formam. Mais tarde, ganha acepção diferente na oposição entre sociedade civil e Estado (BOBBIO, MATEUCCI e PASQUINO, 1995). (ABBAGNANO, 2007) também situa o surgimento do conceito moderno de sociedade como contemporâneo do jusnaturalismo racional.

Se, a partir dela, é inaugurado o positivismo moderno (BOBBIO, 1991), é simples consequência de um acordo. Basicamente, ela continua a ser vista como um conjunto de indivíduos autônomos (HESPANHA, 2019). É a partir deste átomo que se constroem as bases do pensamento privatístico moderno, a tal ponto de nele ser centralizada a atuação do Estado liberal.

De fato, vontade e liberdade estão fortemente ligadas nesse modelo estatal. A oportunidade que cada indivíduo tem de dirigir-se de acordo com sua vontade é a própria liberdade. A esfera de liberdade que ele possui no direito privado denomina-se “*autonomia*”. Indo além, a possibilidade de, a partir de sua própria vontade, praticar atos com repercussão jurídica por ele determinada, em seus efeitos, forma e conteúdo, denomina-se “*autonomia da vontade*”. Por fim, a chamada “*autonomia privada*” é o poder de o indivíduo tem de regular as relações jurídicas de que participa, definindo-lhes o conteúdo e a competente normativa jurídica, circunscritas sempre pelo ordenamento jurídico. Esta última tem natureza objetiva, enquanto a autonomia da vontade tem natureza psicológica, subjetiva (AMARAL, 1998).

No direito da Modernidade, o campo de aplicação por excelência da autonomia privada é o das relações patrimoniais. Por este motivo, afirmava-se sempre serem de natureza dispositiva as normas criadas nesse âmbito. Seriam estas as criadas por meio de testamento ou de contrato, uma vez que nestes instrumentos seria possível manifestar livremente a vontade (AMARAL, 1998).

De forma coerente, é no campo do negócio jurídico que a vontade encontra sua plenitude. Os doutrinadores alemães, desde o final do Século XVIII, construíram sua dogmática em torno desse conceito em virtude do espírito iluminista e liberal daquela época. Partiram de uma valorização extrema da liberdade do indivíduo e conceberam a “*vontade individual privada como fonte única de efeitos jurídicos obrigacionais*” (BODIN DE MORAES, 2010, p. 294).

Todos esses conceitos ganham pleno sentido em um Estado guiado pelos princípios liberais. É sua característica deixar a atividade econômica completamente livre, a obedecer aos princípios “naturais” do mercado. Nesse modelo, todas as instituições políticas estatais têm por objetivo deixar o mais amplo espaço possível para o indivíduo desenvolver seus interesses particulares. A atribuição essencial desse tipo de Estado é a de garantir a liberdade, seja ela a de contratar, a de trabalhar, a de exercer o comércio, ou a de ser proprietário. Em resumo, o liberalismo é o “*sistema em que se admite ser o indivíduo a única fonte das regras do direito e a causa final de toda atividade jurídica das instituições, notadamente do Estado*” (AMARAL, 1998, p. 333).

Para o negócio jurídico ter plena eficácia nesse contexto, há alguns pressupostos básicos. Em decorrência da autonomia privada, a liberdade da vontade deve ser plena. Ela em hipótese

alguma deve ser defeituosa, pois o consentimento deve ser isento de quaisquer vícios, sob pena de invalidade do negócio (MATTIETTO, 2002). Outro fundamento é o da igualdade entre os polos contratantes, condição que é facilmente concluída por dedução lógica, diante da abstração do indivíduo moderno. Aliás, a isonomia formal de todos os indivíduos é suposta não só para os contratos, mas para a lei, como instrumento da “*vontade geral*” rousseauiana que se substitui às vontades particulares no Estado moderno.

Apesar de valorizada no direito privado brasileiro como determinante para a validade do negócio jurídico¹⁰, a vontade como fonte única para formação de uma ordem privada vem perdendo espaço no mundo jurídico. Surgiu, em um primeiro plano, a teoria preceptiva, também conhecida como normativa, do contrato, com o fito de não mais privilegiar tanto a subjetividade, mas a confiança e a boa-fé que dos termos do negócio surgem (MATTIETTO, 2002). Todavia, apesar de as duas teorias aparentemente serem contraditórias, “*ambas se fundam inteiramente no dogma da autonomia privada, que, todavia, não pode ser tomado como postulado*” (PERLINGIERI, 2008, p. 342).

Realmente, o negócio jurídico atualmente não é mais regido por um assim denominado “*postulado da vontade*”, anteriormente considerado soberano. Ele “*deve representar, além do interesse particular de cada uma das partes, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social e geral*” (BODIN DE MORAES, 2010, p. 295). Este traço sobressai principalmente em um Estado que não é guiado apenas pelos interesses do mercado, pois valores relacionados ao respeito à pessoa e à sua dignidade, à solidariedade e à igualdade material entre todos, ganham espaço. Afinal, nem tudo o que os contratantes desejam seria lícito ou mereceria ser objeto de tutela (PERLINGIERI, 2008).

Esses valores podiam ser encontrados na redação original do art. 421 do Código Civil vigente: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. Atualmente, com a ascensão do discurso neoliberal em nosso país, foram providenciadas alterações legislativas que, além de uma nova redação determinada pela Lei 13.874/2019, acrescentou-se àquele artigo um parágrafo único:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Foi acrescentado ainda o art. 421-A, cujo *caput* tem a seguinte redação:

¹⁰ O atual artigo 112 do Código Civil repete os termos do art. 85 do Código de Bevilacqua: “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

Art. 421-A. **Os contratos** civis e empresariais **presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção**, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (...)

(grifos meus)

Esta redação final do parágrafo único do art. 421, apesar de fortemente representativa da ideologia do Estado mínimo, representou uma redação menos voluntarista do que a veiculada inicialmente no texto original, trazido na MP 881/2019 quando veio do Poder Executivo.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.

Como se observa a partir do histórico de modificações legislativas recentes deste artigo, há uma tendência muito forte de retorno à ideologia do Código Civil de 1916. Conforme se verá adiante, o Código de Bevilacqua foi típico representante do individualismo, do voluntarismo e do liberalismo europeus do Século XIX. Após o abandono desse ideário, a tendência positivada é a de os participantes do negócio jurídico voltarem a ser vistos como formalmente iguais. O respeito à sua autonomia privada deverá ser a regra; e o controle das cláusulas contratuais apenas poderá ocorrer excepcionalmente.

Os efeitos da alteração em uma norma interpretativa dos contratos, como esta, dependerão em muito da posição dos tribunais. Estes, após a ordem constitucional de 1988, e com o advento do Código Civil de 2002, estavam se afastando do espírito individualista do Código Civil de Bevilacqua. Esse fenômeno de distanciamento do espírito individualista e voluntarista das legislações privadas do Século XIX ocorreu devido a uma nova leitura da posição do texto constitucional. O Brasil, dessa forma, seguiu corrente surgida internacionalmente no pós-Segunda Guerra Mundial, que admitiu que a constituição se encontra no ápice da legislação, e que detém mandamentos efetivos. Ela seria portadora de conteúdos axiológicos que deveriam nortear todo o ordenamento jurídico. A partir de então, a pessoa humana e sua dignidade, concretamente considerada em suas relações com os outros, deveria substituir o enfoque puramente patrimonialista dos séculos anteriores (FACHIN, 2008).

Nas relações privadas, a liberdade liberal, que assegura a vontade sem limites, deveria ceder espaço à funcionalização desse ramo do direito. A propriedade, outrora plena e absoluta, que abarcaria os direitos de usar, fruir e abusar da coisa, deveria atender à função social (art. 5º., inciso XXIII, da Constituição Federal). O contrato, que cria a lei privada, deverá atender a princípios de ordem pública, decorrentes dos valores constitucionais, que fazem com que seja possível nele divisar também uma função social (FERNANDES, 2014).

É reconhecida ainda no direito brasileiro a “*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*”¹¹. Esse efeito irradiador, entre particulares, dos direitos garantidos pela constituição é uma clara delimitação ao voluntarismo moderno. Deve-se lembrar que a jurisprudência brasileira reconheceu esse alcance quando do julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ. O acórdão do STF, de 11/10/2005, reconheceu explicitamente a função dos “*princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações*” (STF, 2005).

2.3 O DIREITO BRASILEIRO, O SUJEITO MODERNO E O LIBERALISMO DAS GRANDES CODIFICAÇÕES

O direito português vigorou na colônia brasileira até além da separação política. As Ordenações Filipinas, vigentes em 1822, foram editadas em 1603, durante o período da União Ibérica e eram consideradas uma mera atualização das Ordenações Manuelinas, cuja versão definitiva datava de 1521. Traziam a herança da Idade Média, pois eram o *ius patrium* lusitano medieval, com uma miscelânea do *ius commune* daquela época, trazendo disposições de direito romano e de direito canônico em diversos trechos. Essas chamadas “Ordenações do Reino” tiveram sua origem nas Ordenações Afonsinas, que eram uma compilação do direito vigente em Portugal em meados do Século XV. Suas fontes eram o direito comum e o direito próprio português, que se baseava nas praxes, costumes, jurisprudência e resoluções régias (COSTA, 2012).

Nas Ordenações Filipinas, o pensamento medieval transparecia principalmente no Livro 5, que cuidava do direito penal. Nela, o primeiro crime tipificado era o de “*Heresia*” (Tít I do L.5)¹²; e o réu, condenado por tribunal eclesiástico, poderia sofrer a pena capital, executada pelo juiz secular¹³. A descrição das penas listadas para os diversos crimes daquela compilação remete aos suplícios judiciários, que marcavam no corpo dos condenados a aplicação dos castigos, como forma de demonstração do direito de punir do soberano (FOUCAULT, 1997). A

¹¹ Esse instituto teve como precedente o paradigmático “*Caso Luth*”, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958. Este foi o julgado mais influente da história daquele tribunal. A partir dele, criou-se toda uma literatura sobre o assunto da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares (RODRIGUES JÚNIOR, 2019).

¹² De acordo com Cândido Mendes de Almeida, comentador da 14ª. Edição das Ordenações, herege “é a pessoa que crê ou sustenta com tenacidade um sentimento declarado por errôneo contra a Igreja. O herege he sinônimo de heterodoxo. De ordinário assim se chama o que faz parte de alguma seita christã, e nega algum ou alguns dogmas de nossa Religião” (ALMEIDA, 1870, p. 1147).

¹³ O Tribunal do Santo Ofício perdeu sua jurisdição em Portugal e suas colônias após a assinatura do Tratado de 26 de fevereiro de 1810, com a Grã-Bretanha; e o crime de “*heresia*” perdeu seu objeto com a primeira Constituição do Brasil, de 1824, a qual, no art. 179, §5º., garantia a liberdade de religião (ALMEIDA, 1870).

pena de prisão era pouco utilizada, enquanto se multiplicavam as de açoites, de degredo e de morte, seja na forca ou no pelourinho (COSTA, 2012)¹⁴.

As Ordenações vigoraram por muitos séculos principalmente devido à forma de aplicação do direito que lhes era subsidiário. Apesar de o texto principal conter diversas disposições obscuras, contraditórias e costumes já revogados à época de sua edição¹⁵, eram utilizadas outras fontes, que garantiram sua sobrevida. Entre elas se encontravam o recurso ao direito romano, ao canônico, à Glosa de Acúrsio, à Opinião de Bártolo e à *communis opinio doctorum*, cujas possibilidades eram previstas desde as Ordenações Afonsinas¹⁶.

Na prática, a lei era apenas mais uma fonte e não necessariamente a mais importante do direito. O direito privado era realmente baseado em um conjunto doutrinário, de variadas origens, e o jurista, ao interpretá-lo no caso concreto, fornecia uma solução fundamentada na equidade. Eram as particularidades de cada caso, e não uma sistematização de regras gerais e abstratas que guiavam a solução (HESPANHA, 2007).

O direito também possuía uma função *paralisante* (HESPANHA, 2007). Ele fornecia instrumentos que retardavam a entrada em vigor de uma norma, ou mesmo a impediam de entrar definitivamente em vigência. Havia um sem-número de recursos, como apelações, embargos, agravos, súplicas às mais variadas autoridades, desde ao governador até ao rei, que tornavam uma lei sem eficácia por longos períodos. Tudo fazia com que a norma anterior, ou o costume local, permanecesse em vigor. Ademais, a aplicação do direito, e a própria administração da justiça, eram fenômenos extremamente complexos, o que acabou por gerar uma distância muito grande entre o direito oficial e letrado da corte e o direito vivido e praticado pela população da periferia (HESPANHA, 2019).

Essa miscelânea fazia com que o direito, no império português, fosse caracterizado por um imenso pluralismo jurídico. Essa ideia desafia o conceito do Estado moderno, do qual a historiografia oficial afirma ser Portugal o primeiro representante. Este, segundo as ciências

¹⁴ O Livro 5 das Ordenações somente foi revogado em 1830, com a edição do Código Criminal do Império. Nele predominava a pena de prisão, embora ainda persistisse a pena de morte por enforcamento (Art. 38), a de galés (Art. 44) e a de açoites (Art. 60), aplicáveis somente a escravos (ALMEIDA, 1870).

¹⁵ Esses defeitos foram denominados “*filipismos*”, pois os compiladores da época, ao invés de redigirem um texto coerente, apenas juntaram mecanicamente os trechos das Ordenações Manuelinas e normas posteriores, o que dificultava seu entendimento; além de não terem a cautela de verificar a efetiva vigência dos preceitos mantidos (SILVA, 2019).

¹⁶ Nas Ordenações Filipinas, essa previsão se encontrava no Livro III, referente ao processo civil, no Título LXIV (ALMEIDA, 1870).

sociais, seria centralizador e concentrado na figura do rei onipotente, como característica do absolutismo monárquico¹⁷.

Esse pluralismo era acentuado pelo próprio modo de colonização português. Sua ocupação se baseava nas *feitorias*, que eram entrepostos na costa nos quais eram comercializados os produtos da localidade. Não existiam, como em outras potências coloniais da época, ocupações militares de vulto que pudessem se contrapor aos habitantes locais (FAUSTO, 2006).

A efetiva presença da metrópole se fazia sentir pelo exercício da jurisdição. Nesse sentido, a estrutura da administração judiciária era a mesma em todo o império português. Havia os juízes ordinários, eleitos pelas câmaras municipais, para solucionar pequenos conflitos; e o juiz de fora, nomeado pelo rei, que tinha alçada para julgar causas de maior valor. Este era um *letrado*, com formação jurídica, e sua função era de garantir a aplicação do direito segundo a vontade do rei. Em grau de recurso, existiam os tribunais da relação (WEHLING e WEHLING, 2004).

Apesar de não existir um direito próprio para as colônias, como nos domínios espanhóis, o direito era aplicado segundo as peculiaridades do local (HESPANHA, 2012). Esta conclusão deriva da constatação do pluralismo jurídico existente no próprio território português, reforçado pelas grandes distâncias que caracterizavam aquele império. No Brasil, o poder real se fazia sentir menos intenso ainda, mormente à medida que se caminhava para o interior do território.

A situação começou a se alterar com os primeiros sinais do movimento iluminista em meados do Século XVIII. A tradição jurídica do direito romano e da *communis opinio doctorum* começou a ser criticada, pois não atenderia aos ditames da razão, que, de acordo com o jusracionalismo, deveria ser a única fonte do direito. Ainda mais porque passaram a ser refutados os argumentos de autoridade, em uma clara aplicação dos princípios do Esclarecimento¹⁸ (SILVA, 2019).

Peso importante nessas mudanças tiveram os *estrangeirados*¹⁹. Portugueses residentes no exterior, eles se queixavam do atraso do país diante das outras nações. Consideravam que

¹⁷ O que se manifestou em Portugal e em suas colônias, na prática, foi o modelo do “*Estado corporativo*”. Este foi característico dos Séculos XVI e XVII, no qual o Estado ainda se encontrava em processo de centralização, com a coexistência de autoridades e de ordens jurídicas locais cujos poderes se interpunham ao do rei (HESPANHA, 2012). Após esse período, surgiu o Estado de polícia, descrito como principal agente da biopolítica.

¹⁸ Não é demais recordar do ensaio de Immanuel Kant, no qual ele buscou responder à questão sobre o “O que é o Esclarecimento (*Aufklärung*)”. No texto, ele afirma que o Esclarecimento é a saída do homem de sua menoridade, a partir da qual ele deve ter coragem para usar sua própria razão e não mais depender de tutores, ou seja, de autoridades que lhe ditam o caminho (KANT, 2013).

¹⁹ Os *estrangeirados* mais citados pela literatura são António Nunes Ribeiro Sanches (1699-1782), com suas “*Cartas sobre a educação da mocidade*”; Luís António Verney (1713-1792), com seu “*Verdadeiro método de*

Portugal se encontrava em decadência, diante de todo o poder que um dia possuía em seu passado colonial. Entre as causas para esse declínio, apontavam a excessiva dedicação à vida religiosa, a perseguição inquisitorial contra os cristãos-novos e a organização do ensino, controlado pela Igreja Católica (BOTO, 2010).

Acima de tudo, deve-se destacar o momento histórico vivido pela Europa na Modernidade. Os Estados nacionais estavam completando sua formação e a concentração de poder nas mãos do soberano era recorrente na maioria dos países. Evidentemente, por se tratar de um processo, ele não era necessariamente linear, e a centralização não atingia todos os meandros do campo político ao mesmo tempo.

Era o caso de Portugal, que conheceu o absolutismo desde D. João V, que reinou de 1706 a 1750. Da riqueza e pompa de seu reinado, custeado principalmente com o ouro extraído da colônia brasileira (HOLANDA, 2011), todavia, não decorreu a centralização legislativa. Afinal, como discutido anteriormente, a norma editada pelo soberano era apenas mais uma fonte do direito, e não necessariamente a mais relevante a ser considerada no caso concreto.

Esse cenário mudou com a ascensão de D. José I ao trono português, em 1750. Ou, com maior exatidão, com a nomeação de Sebastião José de Carvalho e Melo como Secretário de Estado dos Negócios do Reino de Portugal, em 1756²⁰. Concentrando cada vez mais o poder absoluto nas mãos, o futuro Marquês de Pombal procurou fortalecer a figura do rei. Reformou o Estado português nas mais diversas áreas, desde a econômica, com o incentivo às manufaturas e com a imposição de monopólios; até a religiosa, com o controle da Inquisição, a expulsão dos jesuítas da corte e das colônias e o fim da distinção entre os *cristãos-novos* e os *cristãos-velhos* (MAXWELL, 1996).

O período pombalino é caracterizado como típico de um *déspota esclarecido*. Este termo foi cunhado para caracterizar o absolutismo de países periféricos da Europa, nos quais a burguesia ainda não tinha poder suficiente para promover as reformas estruturais que acabariam com o Antigo Regime. Foi o caso de Catarina II, da Rússia, e de Frederico II, da Prússia. Nesses

estudar”; e Dom Luís da Cunha (1662-1749) e seu “*Testamento Político*”. Este último indicou, nos anos 1740, alguns nomes para o cargo de Primeiro-Ministro de Portugal pouco antes de o então Príncipe D. José ascender ao trono. Entre eles era destacado o do então pouco conhecido Sebastião José de Carvalho e Melo (BOTO, 2010).

²⁰ É afirmado que a confiança de D. José I no então Ministro dos Assuntos Exteriores e da Guerra nasceu a partir de um acaso. Logo após o Terremoto de Lisboa (1755), que destruiu mais da metade da cidade, ocasionou tsunamis de até 10 metros de altura, incêndios que duraram pelo menos cinco dias e matou cerca de 30% da população, o monarca questionou o futuro Conde de Oeiras, em 1759, e Marquês de Pombal, em 1769, sobre o que fazer. Ele lhe teria respondido: “*enterre os mortos, feche os portos e cuide dos vivos*” (MAXWELL, 1996).

países, o próprio soberano tomou para si a filosofia da Ilustração e foi o motor de mudanças administrativas, econômicas e jurídicas.

No campo jurídico, era essencial reafirmar o poder do soberano. A vontade do monarca tinha que ser eficaz em todo o território; portanto, seria necessário reduzir o pluralismo jurídico característico do Antigo Regime e dar maior uniformidade às decisões judiciais. A aplicação do direito não mais poderia ser baseada em fundamentos que dependiam do julgador, dos costumes locais e do caso concreto. Ela deveria obedecer aos critérios ditados pela razão, a qual, de acordo com o jusnaturalismo moderno tinha seu intérprete maior na vontade do soberano.

Esses foram os objetivos perseguidos pela Lei da Boa Razão, de 18/08/1769, na qual foi modificado o sistema de fontes do direito português. Ela proibiu a utilização do direito canônico nos tribunais temporais do reino e admitiu a aplicação do direito romano apenas como fonte subsidiária da lei do monarca. Vedou também o uso das glosas de Acúrsio e das opiniões de Bártolo, que seriam incompatíveis com o pensamento jusracionalista do Século XVIII (COSTA, 2012). Na prática, fortaleceu o rei como fonte única do direito e, ao tentar garantir um direito uniforme em todo o império, favorecia a burguesia nascente, que buscava regras claras e estáveis para comercializar seus produtos.

Outra frente de reformas na qual atuou o Marquês de Pombal, como adepto do iluminismo, foi a de modificar a estrutura do ensino em Portugal²¹. De fato, como os *estrangeirados* argumentavam, a Ordem dos Jesuítas era a responsável pela instrução na maior parte das escolas e na Universidade de Coimbra. Seu método de ensino ainda era o escolástico, de origem aristotélica, considerado inadequado para os novos tempos. Para afastá-los, o Marquês fechou suas escolas, confiscou seus bens e os expulsou das colônias em 1759. Tudo a pretexto de promover o ensino de acordo com as bases da ciência moderna, baseada na observação dirigida e no estudo prático. Sua reforma se iniciou em 1759, com os *estudos menores*, que abrangiam desde as primeiras letras até aquele que mais tarde viria a ser conhecido como secundário; e se completou quando atingiu os *estudos maiores*, com a reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra, em 1772 (BOTO, 2010). Seus objetivos, de acordo com Kenneth Maxwell (1996, p. 104) foram os de “trazer a educação para o controle do Estado, secularizar a educação e padronizar o currículo”.

²¹ A Ilustração tinha como um de seus objetivos popularizar a educação. São exemplos as reformas promovidas por Frederico II da Prússia (1740-1786) e por Maria Tereza da Áustria (1740-1780), com o propósito de universalizar o ensino primário. Almejavam essas mudanças, porém, a formação de súditos esclarecidos, não de cidadãos, dada a ênfase na disciplina e na interiorização de normas (BOTO, 2010).

A reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra foi precedida de um relatório denominado “*Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra ao tempo da invasão dos denominados Jesuítas*”²², publicado em 1771. Nele é apontada a excessiva concentração em disciplinas dedicadas ao estudo do direito romano e do direito canônico e a utilização do tradicional método escolástico de ensino. São também criticadas omissões, como a falta de estudo do direito pátrio, do direito das gentes e do direito natural (SILVA, 2019).

A reforma dos estatutos, realizada em 1772, pôs em prática as conclusões do relatório. Mesmo as disciplinas de direito romano que restaram no currículo foram adaptadas de acordo com a visão do “*usus modernus pandectarum*”, que fora desenvolvido pelos alemães (SILVA, 2019). Essa leitura renovada do direito romano privilegiava apenas os aspectos, assim considerados pelos juristas, que fossem de acordo com os princípios jusracionalistas.

O papel incisivo de Pombal na história portuguesa, a despeito do conflito com os Jesuítas, não afastou uma das principais características da Ilustração Portuguesa, ou seja, sua religiosidade (BOTO, 2010). Ao contrário do iluminismo de matriz jacobina e revolucionária, que se materializou na França, o português foi nitidamente reformador. Esse espírito de conciliação ficou denominado como “Iluminismo Ibérico”, pois fugiria ao modelo ideal da Ilustração europeia, que tinha o anticlericalismo como um de seus adjetivos. Mesmo a reforma do ensino, com a expulsão dos jesuítas, não afastou totalmente esses valores católicos, haja vista a permanência, na Universidade de Coimbra, do curso de *Cânones*, em paralelo com o de *Leis*²³.

Era realmente muito difícil uma cisão com a Igreja, pois a fé era um dos sustentáculos da Portugal da metade do Século XVIII, a tal ponto de ser aquele país chamado de “*um reino de sombras e superstições*” (SOARES, 1983, p. 8). A religião ocupava diversos espaços. Dominava o ensino em todo o império por meio dos Jesuítas da Companhia de Jesus e seu método escolástico de ensino; boa parte da população era dedicada à vida religiosa, pois havia cerca de duzentos mil padres e freiras em uma população de aproximadamente dois milhões de habitantes na metrópole (MAXWELL, 1996); e a Inquisição dominava a vida portuguesa, com o incentivo à delação entranhado na sociedade, fazendo com que judeus e cristãos-novos fugissem para outros países (SOARES, 1983).

Na verdade, as luzes portuguesas foram apoiadas apenas por uma pequena parcela da nobreza, que era alinhada com o Marquês de Pombal. A burguesia nascente não tinha poder

²² O relatório, como o seu próprio título indica, acusa a Ordem dos Jesuítas de ser a única responsável pela alegada decadência da universidade. Seria justificada, a partir desse conjunto de argumentos, a necessidade de sua expulsão (SILVA, 2019).

²³ O curso jurídico de Coimbra era dividido nessas duas faculdades e sua união, no curso de direito, apenas ocorreu em 1836 (VENÂNCIO FILHO, 2012).

suficiente, enquanto a maior parcela da nobreza se opunha aos métodos e objetivos do ministro de D. José I (MOTA, 2006). Por essa razão, Pombal realizou o Iluminismo que era possível à Portugal daquela época, com as limitações da estrutura social vigente. Suas reformas representaram o início da Modernidade em seu país e resistiram mesmo à “*viradeira*”, que foi a tentativa de restaurar-se a tradição logo após sua queda, com a ascensão de Maria I.

As características do Iluminismo português ganham relevo para um trabalho sobre as origens do direito brasileiro porque a reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra foi um de seus principais marcos. Muito do que era lá ensinado refletia o pensamento de uma ilustração avessa à revolução, cujas ideias não eram disseminadas entre o povo, mas sim restritas aos poucos esclarecidos de uma elite. O mesmo se repetiria na colônia, diante da proibição de imprensa e da pouca circulação de livros, restritos apenas aos membros das classes dominantes (FALCON, 1989). É interessante perceber como as características desse modelo, aristocrático e excludente, se repetirão durante todo o período de formação do Estado brasileiro, além de impregnar o modo de pensar o direito privado pelo menos até sua codificação, em 1916.

O envio dos filhos das elites coloniais para a metrópole era a única oportunidade de estes realizarem seu curso superior. Ao contrário da América Espanhola, a metrópole portuguesa jamais autorizou a abertura de universidades no Brasil (VENÂNCIO FILHO, 2012). Enquanto existiam vinte e cinco universidades na colônia espanhola, Portugal negava deliberadamente a abertura de quaisquer estabelecimentos de ensino superior nas suas colônias, sob o argumento de que “*um dos maiores vínculos que sustentava a dependência das colônias era a necessidade de vir estudar a Portugal*” (CARVALHO, 2021, p. 70-71). Em nosso país apenas existiam os “*estudos menores*”, que ficaram completamente desorganizados depois da expulsão da Companhia de Jesus pelo Marquês de Pombal²⁴.

Essa concentração do ensino superior em Coimbra fez que ele fosse acessível apenas a um número muito reduzido de membros das elites brasileiras; e mesmo o número de graduandos brasileiros em universidades de outros países era menor ainda. A política espanhola, a seu turno, permitiu a difusão do nível superior para um número maior de pessoas, e, com o florescimento dos ideais iluministas, propiciou o surgimento, ao redor das universidades, de diversos grupos de pensamento crítico. Esta característica levou a uma certa homogeneização do

²⁴ No lugar do ensino dos Jesuítas, foram criadas as “*aulas régias*”, com professores nomeados diretamente pelo Estado e salários custeados por uma taxa. O sistema, porém, fracassou, pois parte da receita tributária era desviada para a metrópole, que utilizava para outras finalidades, o que fazia com que os salários fossem baixos. Assim, os melhores professores não permaneciam nos cargos e o número de aulas era insuficiente (CARVALHO, 2021).

pensamento dos filhos da elite da colônia brasileira, que eram os poucos a deter o conhecimento de ideias consideradas perigosas pelos governos da época (CARVALHO, 2021).

De fato, José Murilo de Carvalho (CARVALHO, 2021) defende que a manutenção da unidade territorial brasileira teve como uma de suas causas a própria elite política existente quando da independência. Essas pessoas, unidas pela origem, por laços de sociabilidade e de homogeneidade ideológica, além dos diversos interesses comuns, ocuparam as principais posições do Império até pelo menos a metade do Século XIX. Elas, de certa forma, começaram a pensar o Estado Brasileiro em Portugal, na Universidade de Coimbra, pois lá se encontraram com pessoas vindas de todas as províncias da colônia. Sem entrar no mérito central dessa discussão, decerto esse grupo dominou a burocracia estatal do país em construção e a maioria dos cargos políticos, o que influenciou diretamente na produção do direito.

De forma coerente, um dos principais temas discutidos na Constituinte de 1823 foi a criação dos cursos jurídicos no Brasil. O projeto de lei original, apresentado em 19/08/1823, previa a criação de duas universidades, com sedes, respectivamente, em São Paulo e em Olinda. Porém, autorizava o funcionamento imediato de um curso jurídico para a capital paulista (SENADO FEDERAL, 2003).

A discussão do projeto revela muito do pensamento das elites da ex-colônia, que estavam construindo o Estado. Apesar do argumento da falta de verbas para serem criadas universidades, a grande maioria dos constituintes via como essencial a criação dos cursos jurídicos para o preenchimento dos empregos públicos²⁵. Nesse sentido, foi paradigmática a fala do constituinte Luís José de Carvalho e Melo, primeiro Visconde de Cachoeira²⁶, formado em Leis em Coimbra, na Sessão de 27/08/1823 (SENADO FEDERAL, 2003, p. 645):

“Previrão igualmente muito bem os mesmos sabios autores do projecto, que emquanto se não arranjavão as universidades, e se punhão em estado de continuar o ensino publico, convinha desde logo estabelecer um curso juridico, pela necessidade em que estamos de homens letrados e habeis neste genero de saber. Ninguem ignora quão necessarios são, não só para encherem os lugares de advogados e magistrados, mas tambem para os de diplomacia. Todos sabem que para estes empregos é mister ter grande cópia de estudos de direito natural, publico e das gentes, de politica e economia politica; e que os homens que se destinão para semelhante carreira na Europa vão por via de regra estudal-os ás universidades.”

²⁵ O interesse pela formação jurídica reflete os interesses porção majoritária da própria Assembleia Constituinte de 1823. Dos 90 parlamentares, 23 eram formados em direito (ou “Leis”), 7 em Cânones e 22 eram desembargadores (VENÂNCIO FILHO, 2012).

²⁶ O Visconde de Cachoeira foi o autor dos primeiros estatutos dos cursos jurídicos instalados no Brasil (VENÂNCIO FILHO, 2012).

Ficou clara, porém, apesar das frequentes alusões às luzes, a preocupação em prover um ensino propositalmente destinado às elites que anteriormente iam a Portugal. No Brasil, para manter essa característica de exclusividade, o acesso aos cursos superiores deveria continuar a ser restrito apenas a essa minoria. Espelha esse espírito elitista o pronunciamento (SENADO FEDERAL, 2003, p. 649) do parlamentar José da Silva Lisboa, Visconde de Cairu, na Sessão de 27/08/1823, durante a discussão desse projeto. Deputado pela província da Bahia, formado em Coimbra pela faculdade de Cânones, ele ocupou inúmeros cargos de relevância durante o domínio português e no Império brasileiro:

“E' hoje quasi geralmente reconhecido por estadistas praticos, que não convém facilitar demasiado a todas as classes os estudos superiores, afim de que entre sómente a justa proporção dos servidores do estado, segundo a demanda do paiz: e para que tambem dêem garantias ao publico, como pertencentes á certas familias remediadas, e de consideraveis posses.”

Apesar de o projeto ter sido aprovado em 04/11/1823, a Assembleia Constituinte foi dissolvida por D. Pedro I em 12/11/1823. Munido de soldados, o imperador determinou o cerco ao prédio da Assembleia e a prisão de diversos parlamentares, irritado diante da apresentação de um projeto de constituição que limitava seus poderes. Por esse motivo, apenas em 1827 foram criados os primeiros cursos jurídicos em nosso país. Em Olinda e em São Paulo²⁷.

Seus objetivos eram claros, de acordo com as discussões parlamentares. Visavam transferir para a ex-colônia o polo de formação de juristas que serviriam na burocracia estatal. Em outras palavras, de acordo com (ADORNO, 2019, p. 271), tinham a “*preocupação de constituir uma elite política coesa, disciplinada, devota às razões do Estado, que se pusesse à frente dos negócios públicos*”.

De fato, as faculdades de direito se tornaram ponto de encontro obrigatório das elites brasileiras. Exerciam, assim, a função política de homogeneizar discursos, evitando que as disparidades regionais se transformassem em dissidências que confrontassem suas próprias origens de classe. Afinal, eram raros os alunos oriundos das camadas populares, e ausente qualquer manifestação de pensamento que as acolhesse, impedindo o surgimento de representantes desse segmento (ADORNO, 2019).

²⁷ É interessante ressaltar que foi recusada a utilização dos Estatutos da Universidade de Coimbra, sob a alegação de “muita profusão de Direito Romano”. Foram aprovados os redigidos pelo Visconde de Cachoeira, que privilegiava mais ainda o direito pátrio, das gentes e o ensino do jusnaturalismo. De fato, Coimbra, seja como exemplo a ser seguido, seja como objeto de crítica, foi o modelo utilizado pelos brasileiros (VENÂNCIO FILHO, 2012).

O que se viu nas academias jurídicas, durante o período monárquico, foi a exposição de uma plêiade de correntes de pensamento razoavelmente coerentes entre si. O universo estudantil serviu de campo preparatório para o profissional que, posteriormente atuaria durante todo o Século XIX no cenário político brasileiro. As salas de aula e os espaços comuns de convivência no decorrer do curso eram locais de discussão e de formação de amizades duradouras²⁸. Mais relevante ainda era a vida extracurricular, a exemplo da atividade dos periódicos acadêmicos, como importante meio de difusão de ideias entre os alunos²⁹ (ADORNO, 2019).

A relevância de estudar o ideário presente nas academias de direito tem justificativas para este trabalho. Este também foi o caminho trilhado pelos pesquisadores mencionados no corpo deste texto. As discussões presentes nas faculdades representam um microcosmo da própria política nacional da época, uma vez que as elites que passavam por aqueles bancos escolares eram as que posteriormente ocupariam os principais cargos da burocracia estatal e as posições eletivas do Império³⁰. Mais ainda, a análise do pensamento dessas pessoas busca entender como era formada a ideologia do operador do direito oitocentista, ou seja, sobre quais consensos ele trabalhava. Por fim, permite trabalhar com aquela conhecida figura daquela época: o “*bacharel*”, ou seja, aquele pertencente à minoria que concluía curso de nível superior³¹. Era um ícone em torno do qual gravitavam sentimentos de pertença, e sobre ele era construído o imaginário coletivo que valorizava sua suposta superioridade intelectual, daí derivando o termo pejorativo “*bacharelismo*”.

Nas academias de direito, à semelhança da política nacional, o ativismo político estudantil era inicialmente dividido em duas correntes que espelhavam os dois grandes partidos nacionais: os liberais e os conservadores (ADORNO, 2019). Mais tarde, com a crescente urbanização das cidades, motivada pela ascensão do café no Oeste Paulista, e com a decadência das

²⁸ Exemplo de camaradagem e auxílio recíproco entre os alunos foi a “*Bucha*” (“*Burschenschaft Paulista*”). Fundada poucos anos após a inauguração do curso, na Faculdade de Direito de São Paulo, pelo Prof. Julius Frank, foi uma sociedade secreta cuja ajuda entre seus membros perdurava mesmo durante toda a vida profissional, com importantes efeitos sobre o recrutamento da burocracia estatal (VENÂNCIO FILHO, 2012).

²⁹ O estudo do jornalismo acadêmico produzido na escola de direito de São Paulo, durante o Império, foi a principal fonte utilizada pelo sociólogo do direito Sergio Adorno em seu clássico estudo de pós-doutorado (ADORNO, 2019). Mais tarde, Francilda Alcantara Mendes utilizou esse mesmo método como uma de suas fontes na sua tese de doutorado, que versou sobre a escola de direito de Olinda (MENDES, 2021).

³⁰ De fato, os cursos jurídicos, no decorrer do Império, eram “o celeiro dos elementos encaminhados às carreiras jurídicas, à magistratura, à advocacia e ao Ministério Público, à política, à diplomacia, espalhando-se também em áreas afins na época, como a filosofia, a literatura, a poesia, a ficção, as artes e o pensamento social” (VENÂNCIO FILHO, 2012, p. 273).

³¹ Raymundo Faoro (FAORO, 2021) afirma que o bacharel ganhou relevo no Segundo Reinado. Porém, ele era fruto da antiga tradição na qual o governo criava escolas com o propósito de formar letrados e bacharéis para serem incorporados à burocracia estatal.

regiões do Vale do Paraíba e da cultura canavieira, surgiu o Partido Republicano Paulista (1872), cuja influência logo se fez sentir entre os acadêmicos.

Apesar de digladiarem entre si, com acusações recíprocas, essas correntes compartilhavam o mesmo substrato de ideias (ADORNO, 2019). Um conservador defenderia a escravidão como necessária para a manutenção da agricultura nacional, pois a sociedade brasileira não estaria preparada para sua abolição. Afirmava que, acaso ela viesse a se materializar, a desordem seria tamanha que extinguiria a propriedade privada ou, pelo menos, ocorreriam parcelamentos territoriais que acabariam por beneficiar pequenos produtores. Um liberal também censuraria o fim abrupto da escravidão, mas por falta de alternativa dos grandes senhores de terras, que deveriam ser ouvidos quanto à política de imigração que substituiria a mão-de-obra escrava. Afinal, eles representavam a maior parte da renda nacional e teriam legitimidade para definir qual seria o melhor perfil de migrante. Um republicano buscava se defender da acusação de causar insegurança com a defesa da abolição. Ele se esquivaria de apoiar diretamente a causa, pois defenderia ardorosamente a propriedade privada, afinal, o escravo era uma “coisa”, objeto de um direito real, e buscava convencer que a república seria a melhor maneira de trazer a ordem às relações jurídicas.

Essas leituras da realidade, aliadas à própria concepção excludente e elitista dos cursos jurídicos, e às correntes de ideias dominantes à época, deixam à mostra os princípios do pensamento liberal que as perpassam. Mesmo se pensarmos que o conceito de propriedade imobiliária plena surgido a partir da Revolução Francesa ainda era novidade no Brasil³², verifica-se em todas as correntes o mesmo discurso individualista possessivo e antidemocrático. O escravo era considerado uma reles “coisa”, apta a ser objeto do domínio de uma elite de senhores que, por serem proprietários dos meios de produção exerciam um poder que lhes franquearia ter ingerência no Estado. Este seguia o modelo liberal de John Locke, que era o mais adequado à burguesia, uma vez que sua missão seria unicamente a de providenciar a segurança e a ordem na sociedade. Garantir a liberdade para que essa aristocracia agrária pudesse exercer plenamente seu domínio e realizar negócios jurídicos. Tudo com o objetivo de não causar embaraço à circulação dos produtos destinados à exportação, que era o centro econômico da economia à época. Ou seja, deveria ser um instrumento a serviço dessa classe de grandes agricultores, que se enxergavam como os únicos cidadãos do reino, com o fito de preservar-lhes os interesses (ADORNO, 2019).

³² A mudança de estatuto ocorreu com a edição da Lei de Terras, de 1850, que criou a propriedade privada no Brasil, como será discutido adiante.

O pensamento liberal foi majoritário no Brasil durante o Século XIX (ALONSO, 2002). A elite brasileira o conhecia desde os tempos em que frequentava Coimbra e o fez presente desde a fundação do Estado Brasileiro³³. Porém, à semelhança do Iluminismo português, de caráter reformador e religioso, no liberalismo brasileiro coexistiram paradoxos aparentemente inconciliáveis.

Historicamente, na Europa, as ideias iluministas forneceram o respaldo teórico para a derrubada do Antigo Regime e a ascensão da burguesia como nova classe dominante. Sua mensagem revolucionária teve força suficiente para atrair outros grupos sociais e derrubar instituições como o absolutismo real, os privilégios dos estamentos e os monopólios mercantilistas que dificultavam o pleno desenvolvimento do comércio.

No Brasil do início do Século XIX, havia limites materiais à maior difusão do liberalismo. Era difícil, senão impossível, popularizar essas ideias entre uma população analfabeta e situada à margem da vida política. Muitas vezes, como nos movimentos rebeldes que antecederam a independência (Conjuração Baiana, Inconfidência Mineira e Revolução Pernambucana), apenas uma elite desses revolucionários teve contato com as ideias iluministas e, mesmo assim, sem o devido espírito crítico (COSTA, 2016).

O discurso liberal, assim, ficou inicialmente restrito à pequena elite que o conhecia da Europa e o discutia em pequenas rodas de conversa no Brasil. Devido à visão de classe que lhes era própria, moldaram-no de forma a não prejudicar seus próprios interesses. Construíram um microcosmo privilegiado, com um ordenamento jurídico dedicado, para o qual eram perfeitamente válidos os princípios descritos nas declarações de direitos. Ao redor dele, como um não-discurso, era invisibilizada a maioria da população, por não ser considerada efetivamente sujeito de direito, composta por pobres, analfabetos, mulheres e escravos.

Uma grande contradição no discurso liberal brasileiro da época foi a de que, ao mesmo tempo que consagrava valores tipicamente burgueses, como a liberdade formal, o direito à propriedade e à segurança, mantinha intocada a escravidão³⁴. A incoerência com os ideais liberais, que defendiam a igualdade entre os cidadãos, base para o exercício da soberania popular, era visível.

³³ É o que pode verificar a partir da leitura do Art. 179 da Constituição outorgada de 1824, que repetiu em seu texto boa parte da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com especial ênfase, no seu *caput*, ao direito à propriedade, como um dos direitos do qual derivariam todos os outros.

³⁴ Uma corrente historiográfica mais recente defende que a escravidão foi o fator que realmente aglutinou interesses de elites muito distintas ao redor do país e que garantiu a integridade territorial do país. José Murilo de Carvalho menciona essa corrente, mas não a considera como fator relevante (CARVALHO, 2021). Esse posicionamento do autor talvez seja devido à data de sua obra, que foi sua tese de doutorado em Stanford, no ano de 1974.

Essa disparidade é apontada por Francilda Alcantara Mendes em sua tese de doutorado. Ao estudar o liberalismo praticado pelas elites brasileiras no tempo do Império, ela afirma que a ordem jurídica produzida na época era não tinha compromisso com a realidade. Afinal, invertia “*os preceitos estruturais do liberalismo em falácias jurídicas que, ao assegurar um pseudo-liberalismo, apenas do ponto de vista formal da elaboração de normas, mantinham a velha estrutura conservadora e escravista.*” (MENDES, 2021, p. 276). É de se questionar, assim, qual o tipo de liberalismo do período do Império. Ou mesmo se apenas existiu um discurso descolado da realidade, como apontou a autora, com o único intuito de preservar a estrutura oligárquica de poder.

Outros analistas do período indicam pistas para solucionar esse impasse, que seria apenas aparente. Angela Alonso, ao analisar as correntes de pensamento presentes no Brasil-Império do Século XIX, rejeita a adoção de rótulos para identificar os discursos produzidos à época. Segundo a autora, a classificação de acordo com critérios estanques, com base em sistemas de ideias trazidos da Europa, não explica adequadamente a experiência social brasileira. Na verdade, os analistas que assim o fizeram tomaram “*por ponto de partida os sistemas de ideias, como se eles tivessem vida própria. Assim, ocultaram o fundamental: são os agentes sociais que fazem uso das ideias, que as selecionam, que as tomam como orientação de sua ação*” (ALONSO, 2002, p. 35).

Ao adotar como ponto de referência metodológico essa análise, boa parte do paradoxo vivido pelo pensamento liberal brasileiro do Século XIX pode ser explicado a partir da noção de que não existe apenas um único tipo de liberalismo. Com efeito, Sérgio Adorno (ADORNO, 2019, p. 289) explica que há pelo menos três subtipos: “*ao lado do liberalismo econômico, centrado na liberdade individual, há o liberalismo político e o liberalismo que incide em questões culturais e comportamentais*”. A corrente econômica adota a ótica do mercado, da propriedade e da segurança para orientar a ação do Estado e de seus agentes; privilegia o discurso da liberdade em detrimento da igualdade. Dessa forma, quando adotada isoladamente, é uma ideologia que se presta a alianças com pensamentos conservadores, exatamente como ocorreu no Brasil-Império.

Essa ponderação, aliada às conclusões de Angela Alonso (ALONSO, 2002), permite entender melhor o pensamento e a prática majoritária da elite política brasileira da época. Torna-se possível rejeitar para o Brasil-Império um tipo ideal³⁵ meramente importado da Europa. Aceitar o liberalismo como uma ideologia estanque, pronta para ser utilizada em sua íntegra,

³⁵ O conceito de “tipo ideal” referido no texto é o de Max Weber.

em todos os campos por ela abarcados, não teria condições de explicar todo o fenômeno intelectual, político e jurídico aqui ocorrido.

De fato, o que se observou na política brasileira do Império e no discurso dos acadêmicos de direito foi uma tendência a conciliar o liberalismo econômico, o pensamento antidemocrático e a escravidão (ADORNO, 2019). O interesse em preservar a economia baseada na monocultura destinada à exportação, com a utilização de mão-de-obra escrava, estruturou a ordem jurídica nacional em todas suas nuances. Daí decorrem sua paradoxal convivência com outros institutos originados do Iluminismo europeu, como a liberdade e uma isonomia restrita, que, assimilados pela classe burguesa, se materializaram na ordem jurídica por meio da propriedade, da segurança e da liberdade contratual.

A forte ligação dos bacharéis aos interesses de seus estratos de origem, normalmente vinculados aos grandes senhores de terras³⁶, e afinidades desenvolvidas pelo sentimento de classe podem justificar esse posicionamento político. Entre as elites, naquela época, era grande o receio de ver repetida no território nacional a eclosão de ideais revolucionários, como os que levaram à Revolução Francesa e à Revolução de São Domingos. O interesse maior era a conciliação da manutenção do *status quo* vigente com um discurso liberal que favorecesse as classes dominantes no aspecto econômico.

Era privilegiada a liberdade como elemento maior do liberalismo (ADORNO, 2019). A igualdade somente comparecia como o elemento formal que garantia a autonomia contratual. Daí a necessidade de um ordenamento jurídico que garantisse o direito de o grande monocultor apropriar-se da mão-obra escrava e da terra, realizar livremente seus negócios e exportar seus produtos para o exterior. Para atingir esse objetivo, o Estado deveria proporcionar-lhe segurança jurídica, de que essa estrutura de dominação não fosse desfeita, e assegurar-lhe que não haveria levantes populares que o ameaçassem. Era um período pré-capitalista, pois boa parte da população, constituída pelos cativos, estava excluída do mercado de consumo. Esse cenário, de acordo com Sergio Adorno, é uma clara demonstração de que é possível a cisão entre liberalismo e democracia (ADORNO, 2019).

³⁶ Ao investigar essa característica, normalmente atribuída aos parlamentos brasileiros no decorrer do império, José Murilo de Carvalho conclui que a imensa maioria dos ministros (91,32%) e senadores (76,11%) do império tinha curso superior. Os deputados tinham percentual semelhante ao dos senadores, enquanto, dentre os 72 membros do Conselho do Estado no período, apenas 2 não tinham curso superior. A população, porém, era majoritariamente analfabeta, pois o Censo de 1872 indicou que 99,9% dos escravos e 18,56% das pessoas livres era analfabeta (CARVALHO, 2021).

O pensamento jurídico brasileiro do Século XIX, à semelhança do europeu, também pretendia codificar o direito. Afinal, o código representava a expressão maior do legislador racional. Com pretensão à eternidade e à completude, seu objetivo era o de coordenar sistematicamente determinada área do direito, apresentado agora como um sistema lógico. Substituiria as antigas Ordenações do Reino, que eram meras compilações, tidas como irracionais e que reuniam preceitos de direito medieval.

O projeto de um Código de Direito Privado brasileiro perdurou durante todo o Século XIX. Havia inclusive previsão constitucional para que fosse redigido “*quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade*” (Art. 179, XVIII, da Constituição de 1824). O Código Criminal foi publicado logo em seguida, em 1830, mas o Civil esperou muito mais. Até mesmo o direito comercial, uma área especial do direito privado, o antecedeu, com a edição do Código Comercial, de 1850.

Houve diversas iniciativas, mas a principal delas foi a de Augusto Teixeira de Freitas³⁷. Ele era um jurista respeitado no Império, chamado por diversas ocasiões pelos ministros e pelo Conselho de Estado para escrever pareceres. Seu reconhecimento adveio principalmente após terminar antes do prazo a “Consolidação das Leis Civis”, que compilava a legislação civilista esparsa em torno das Ordenações Filipinas. Sua grande inovação foi a de criar uma divisão entre parte geral e especial, arquitetura seguida posteriormente no Código Civil de Bevilacqua. A obra, denominada “Esboço” (FREITAS, 1952), porém, ficou inacabada, com 4.908 artigos. O terceiro livro da parte especial, referente às disposições sobre sucessões, concurso de credores e prescrição foi o omitido. Seu trabalho foi posteriormente aproveitado no Código Civil Argentino (BEVILAQUA, 1906).

Em 1872, foi contratado Nabuco de Araújo, que faleceu durante o processo de escrita e deixou um rascunho de 182 artigos. Os “Apontamentos para o Projecto do Código Civil Brasileiro”, de Joaquim Felício dos Santos, vieram em seguida, caracterizados por serem uma iniciativa isolada de seu autor, sem solicitação prévia do Estado. Inicialmente apresentado em 1881 para o Ministério da Justiça, foi duramente criticado por uma comissão de juristas em parecer no qual, “*depois de censurar duramente os defeitos graves do methodo seguido, ou antes, a falta de methodo apropriado a uma codificação*”, concluiu pela sua rejeição (LACERDA, 1919, p. XII). Após longa controvérsia, o projeto foi levado diretamente pelo autor à Câmara dos

³⁷ Teixeira de Freitas foi contratado pelo Governo Imperial em 1859 para, no prazo de pouco menos de três anos, redigir um novo projeto de Código Civil. Após prorrogação para terminar seus trabalhos até junho de 1864, o jurista apresentou sua renúncia em 1867 e se comprometeu a restituir tudo o que houvera recebido do governo. Em 1872, o Ministério da Justiça considerou rescindido o contrato (CARNEIRO, 1952).

Deputados, mas nunca foi examinado. Novamente apresentado, com adaptações, já na República, por Rui Barbosa, foi esquecido após a contratação de Coelho Rodrigues para a redação do novo Código, em 1890.

A grande dificuldade que estava por trás dessas tentativas era a de conciliar o pensamento liberal e o sistema escravagista ainda vigente no Brasil durante o Século XIX. O escravo era considerado “coisa” para o direito civil; e, ao mesmo tempo, participava de outras relações jurídicas como pessoa. A ambiguidade de seu estatuto jurídico, motivada pelo emaranhado de regulamentos, leis (como o Código Criminal de 1830) e atos administrativos, fazia com que sua condição jurídica fosse paradoxal (AMBROSINI e FERREIRA, 2010).

Para tornar mais complexa a situação, militava contra a população negra uma presunção de escravidão pelas autoridades da época. A condição de liberto era precária, pois a qualquer momento ela poderia ser perdida pela ação da polícia ou de caçadores de recompensas, interessados em buscar pretensos foragidos. Não bastava afirmar-se livre, pois raramente merecia crédito a palavra das pessoas capturadas, e era delas o ônus de provar o estado de liberdade³⁸. O Estado as pressupunha escravas, como bem demonstra a doutrina de Eusébio de Queiroz, que foi chefe da polícia na Corte entre 1833 e 1844: “*não sendo fácil obter provas de escravidão, quando um preto insiste em dizer-se livre, parecia mais razoável a respeito de pretos presumir a escravidão, enquanto por assento de batismo, ou carta de liberdade não mostrarem o contrário*” (CHALHOUB, 2012, p. 228-229).

Teixeira de Freitas teve de enfrentar o tema da escravidão quando foi contratado para consolidar a legislação civil vigente no Império em 1855. Ao entregar a sua “Consolidação das Leis Civis”, em 1858, omitiu propositalmente todas as disposições referentes ao assunto. A comissão incumbida da análise do trabalho questionou a ausência e afirmou que “*é sensível a omissão que houve a respeito das disposições concernentes à escravidão, portanto, posto deva ella constituir, por motivos políticos e de ordem pública, uma lei especial, comtudo convinha saber-se o estado defectivo da legislação à este respeito*” (FREITAS, 1865, p. VI). Ele justificou que a escravidão acabaria mais cedo ou mais tarde; assim, incluir normas sobre esse instituto nas Leis Civis significaria levá-lo para a posteridade. Propôs que, se a comissão encarregada de rever a consolidação assim o desejasse, poderia classificar essas normas à parte e formar

³⁸ As pessoas eram mantidas presas até que algum senhor afirmasse ser delas proprietário. Eusébio de Queiroz alertava, porém, acerca da situação daqueles que “*apesar de repetidos anúncios, nunca são reclamados. Esses cativos davam despesas ao governo e se eram soltos, morriam na miséria ou caíam nas garras de algum aventureiro, que se intitula Senhor*” (CHALHOUB, 2012, p. 234). Entre essas pessoas, como alerta o autor, havia inúmeras que eram livres, mas não conseguiam provar sua condição. Após seis meses de aprisionamento, eram levadas a leilão e escravizadas.

um “*Código Negro*”³⁹ (FREITAS, 1865). Perceba-se, nas palavras do jurisconsulto, a influência do jusracionalismo, pois este movimento tinha a pretensão de criar códigos de leis cuja validade fosse universal e eterna.

A mudança formal do *status* jurídico das pessoas escravizadas, em 13 de maio de 1888, retirou o principal entrave jurídico para a edição do Código Civil. A partir desse cenário, surgiu o “Projecto do Codigo Civil Brasileiro”⁴⁰, de Antônio Coelho Rodrigues, apresentado em 1893 ao governo de Floriano Peixoto. Seu destino, todavia, foi o mesmo das tentativas de codificação anteriores, pois foi rejeitado consecutivamente pelo Executivo e pelo Legislativo (LACERDA, 1919).

Clovis Bevilacqua foi convidado em 1899 para redigir um novo código. Professor da Faculdade de Direito do Recife, apresentou naquele mesmo ano seu projeto ao Ministério da Justiça. Na sua formulação procurou atender aos interesses dos setores agrários exportadores e manter fidelidade ao pensamento liberal, o qual tinha por objetivo conceder ao país um sistema representante do espírito burguês individualista e voluntarista. Apesar dessa orientação, essas elites eram moralmente conservadoras, principalmente nas questões referentes ao direito de família e sucessões. Tudo se refletiu, então, em uma solução de compromisso (GOMES, 2006) que reforçou o patriarcalismo e invisibilizou a mulher e a criança em praticamente todo o Código Civil de 1916, além de não mencionar em nenhum momento a população negra.

O Código Civil de Bevilacqua se encontrava, portanto, em um movimento muito maior, iniciado com as ideias de Descartes que deram início ao movimento Iluminista. O individualismo típico do liberalismo e do jusracionalismo, expresso pela abstração extrema de um ser insulado, era o centro do sistema. Ao atender os anseios da elite agrária exportadora, o Código de 1916 atendeu à corrente restrita do liberalismo econômico predominante no nosso país. Concedeu ao indivíduo a liberdade que ansiava para contratar e para exercer plenamente o direito de propriedade. Todavia, sequer pensou em igualdade material e foi conservador em questões culturais e comportamentais.

Além dessas características, o pensamento jurídico dos Séculos XIX e início do XX era adjetivado pela clássica dicotomia entre direito público e direito privado. De acordo com esse paradigma, a constituição deveria apenas fornecer diretrizes políticas e proteger o indivíduo contra os excessos cometidos pelo próprio Estado. Seu objeto era o garantir os direitos de

³⁹ O Código Negro, ou “Le Code Noir”, foi o assim chamado o Édito de 1685, do rei Luís XIV, para regulamentar a escravatura nas colônias francesas.

⁴⁰ Com 2.734 artigos, o texto de Coelho Rodrigues tinha a peculiaridade de consolidar praticamente toda a legislação de registros públicos vigente à época, em uma antecipação do movimento que apenas ocorreria com o Código Civil de 1916 e com o Decreto 18.542/1928 (RODRIGUES, 1893).

liberdade, consagrados desde as revoluções burguesas. Em contrapartida, o direito privado representava o lugar no qual o indivíduo teria sua esfera particular, na qual ele teria livre disponibilidade de seus bens e direitos, sem qualquer ingerência estatal.

Apesar de situar-se em um momento cronologicamente posterior, o código de Clóvis Bevilacqua era herdeiro direto das grandes codificações de espírito liberal do século XIX⁴¹. À semelhança dos códigos europeus, sua concepção obedece aos mesmos pilares. É eminentemente individualista, patrimonialista e voluntarista, reflexo direto da igualdade formal dos contratantes; da tutela da autonomia da vontade nos contratos e da proteção à propriedade (FERNANDES, 2014).

De fato, Orlando Gomes destaca o aspecto conservador das elites brasileiras para as quais essa legislação era destinada. Afinal, a estrutura social do Brasil era fortemente hierarquizada como herança da escravidão, o que deixou o pensamento jurídico-liberal novamente restrito à sua corrente econômica. Talvez dessa forma se explicasse porque as ideias do liberalismo jurídico trazidas pelas revoluções liberais do Século XVIII tivessem inicialmente maior guarida em Portugal, cujo Código Civil, inspirado no Código Civil Francês, entrou em vigor em 1867. No Brasil, ao contrário, teria sido preservada por mais tempo a tradição do Direito Privado Português (GOMES, 2006).

Chamado de “*privatismo doméstico*” por Orlando Gomes (GOMES, 2006, p. 14), os traços desse conservadorismo se refletiram principalmente no Livro de Direito de Família do Código Civil de 1916. Nele, o homem é o chefe da família e a ele cabe escolher o domicílio do casal; e era de sua competência autorizar a esposa a exercer uma profissão, afinal ela se tornava relativamente incapaz com o casamento. Quanto ao divórcio, como forma de rompimento do vínculo matrimonial, Clovis Bevilacqua afirmava temer que a adoção desse instituto repercutisse “*desastrosamente na organização social. Teremos recuado da situação moral da monogamia para o regimen da polygamia successiva, que, sob a forma da polyandria, é particularmente repugnante aos olhos do homem culto*” (BEVILACQUA, 1906, p. 97-98). Por esse motivo, apenas foi possibilitado o rompimento da sociedade conjugal.

De fato, a análise da própria estrutura do Código Civil de 1916 demonstra para quem ele foi redigido. Na parte geral, que trata das capacidades, exclui da plena capacidade as

⁴¹ Há estudiosos que apontam influência do Código Civil Alemão no texto de Clovis Bevilacqua – o Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 1896, que entrou em vigor em 1900. Teriam sido 62 dos 1807 artigos do Código Civil Brasileiro os inspirados diretamente no BGB (WIEACKER, 2015, p. 557). Este, porém, também é criticado por seu espírito fortemente liberal, exatamente por ter seguido a ideologia do Código Civil Francês, que predominava por toda a Europa no Século XIX.

mulheres casadas, os habitantes originários do país e os “*loucos de todo gênero*”⁴². Na sua parte especial, no Livro I, que trata do Direito de Família, cuida apenas da família legítima, ou seja, daquela formada pelo casamento, além de estabelecer a hierarquização entre os filhos; e só concede plenos direitos hereditários à filiação legítima⁴³. No Livro II, do Direito das Coisas, trata do homem proprietário^{44 45}, figura rara, em uma sociedade na qual a maioria das pessoas mal tinha a posse do local onde vivia, pois morava no campo ou pagava aluguel. No Livro III, do Direito das Obrigações, tinha-se o homem que contratava, que circulava riquezas, que exercia livremente a sua autonomia privada, sem considerar quaisquer assimetrias ou vulnerabilidades do outro contratante. Por fim, no último livro, no Direito das Sucessões, havia o homem que deixava o patrimônio para sua família legítima; ou que era senhor e assim dispunha da legítima ou da totalidade de seus bens em testamento.

⁴² À semelhança de outras épocas, a Modernidade também tem seus excluídos. A diferença é que se utiliza do saber médico, tido como científico.

⁴³ A historiadora Eni de Mesquita Samara, especialista em Demografia Histórica, publicou durante sua trajetória acadêmica inúmeros estudos sobre a composição das famílias urbanas paulistas. Em recenseamento realizado em 1836, na Cidade de São Paulo, ela verificou que apenas pouco mais de um terço das famílias era formada pelo matrimônio, o que indicava um alto número de celibatários e de “uniões ilegítimas”. A autora destacou ainda a inexistência de casais matrimonializados inter-raciais, provavelmente por falta de autorização paterna (SAMARA, 2004). Essa constatação empírica mostra o grande divórcio entre o direito normatizado e aquele presente na realidade social.

⁴⁴ A figura do proprietário, apesar de naturalizada em uma visão de classe média alta, é uma exceção em um país no qual boa parte da população não tem acesso sequer ao chamado “mínimo existencial”. Há parcelas de miseráveis que são alijadas da sociedade devido à pobreza extrema; são consideradas “invisíveis” para o Estado e para as camadas mais favorecidas.

⁴⁵ De acordo com a FGV Social, Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas, em meados de 2018, havia “23,3 milhões de pessoas, mais do que a população do Chile, vivendo abaixo da linha de pobreza de R\$ 232 por mês; cerca de 11,2% da nossa população. A miséria subiu 33% nos últimos 4 anos. Foram 6,3 milhões de novos pobres” (VARGAS, 2019). Esse número foi obtido antes da eclosão da pandemia de COVID-19, a qual deve ter acentuado os níveis da miséria em nosso país.

3. AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS E O DIREITO DA MODERNIDADE⁴⁶

Conhecidas por “cartórios”, as serventias extrajudiciais⁴⁷ tornaram-se, na imaginação popular, sinônimos de apropriação privada de função pública, uma vez que sua titularidade era até há pouco tempo concedida sem critério por políticos, ou repassada como legado de direito sucessório. Representariam um objeto bem-acabado do patrimonialismo weberiano (WEBER, 1999), caracterizado como aquele sem limites entre o que é público e o que é particular, no qual o soberano distribuía “prebendas”, como forma de retribuição de favores, ou para garantir fidelidade.

A Constituição de 1988⁴⁸ e a interpretação a ela concedida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, todavia, revisitaram o cenário legislativo, pois prevaleceu em tese a obrigatoriedade da realização de concurso público para provimento das serventias vagas. Apesar dessa tendência contemporânea à adequação a um modelo burocrático e impessoal, essas instituições ainda permanecem em sua essência, como típicas do modelo patrimonial. Afinal, a investidura na serventia é personalíssima do titular da delegação, o qual utiliza seu patrimônio particular, com o intuito de obter lucro, em uma atividade pública. Não bastasse, o concurso público não tem todas as vagas abertas à ampla concorrência, pois um terço delas faz parte de um certame muito restrito, destinado apenas a pessoas que já exercem a atividade no mesmo Estado da Federação^{49 50}. Além do fato de que os concursos enfrentam verdadeiras batalhas de liminares para chegarem ao seu termo, o que levou a unidades da federação nunca

⁴⁶ Em termos metodológicos, o conceito de Modernidade adotado neste trabalho é o exposto por (KOSELLECK, 1999), que é confirmado pela quase unanimidade dos autores que escrevem sobre o tema, como (HESPANHA, 2019) e (LYOTARD, 2009), entre vários outros. Trata-se do período iniciado no Século XVIII com o ápice do Iluminismo, no qual o sujeito dotado de consciência e de razão se torna o responsável pela sua própria emancipação. Devido a controvérsias, ainda não é possível afirmar-se que esse período encontrou seu termo, nem que se iniciou uma denominada Pós-Modernidade. No campo do direito, os efeitos da Modernidade estão detalhados no Capítulo 2 deste trabalho.

⁴⁷ De acordo com o art. 5º da Lei 8.935/1994, os titulares de serviços notariais e de registro são tabeliães de notas; tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos; tabeliães de protesto de títulos; oficiais de registro de imóveis; oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas; oficiais de registro civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas; e oficiais de registro de distribuição. A Lei de Organização Judiciária estadual, entretanto, pode prever ofícios com várias atribuições e mesmo formar ofícios únicos a depender da necessidade de serviço.

⁴⁸ Art. 236 e parágrafos da Constituição Federal.

⁴⁹ Art. 16. da Lei 8.935/1994: “As vagas serão preenchidas alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e uma terça parte por meio de remoção, mediante concurso de títulos, não se permitindo que qualquer serventia notarial ou de registro fique vaga, sem abertura de concurso de provimento inicial ou de remoção, por mais de seis meses”.

⁵⁰ A atual redação do art. 16 da Lei 8.935/1994, dada pela Lei 10.506/2002, criou para o concurso de remoção uma modalidade particular, não prevista na Constituição Federal, ou seja, um certame sem provas. O CNJ, por meio do PCA 456, afastou a aplicação desse artigo; porém, sua análise ainda está pendente pelo STF na ADC 14, proposta em 2006 por entidades representativas dos notários e registradores, com o intuito de restaurar o acesso sem concurso.

terem realizado um único certame, apesar dos mais de 33 anos decorridos desde o início da vigência da Constituição⁵¹.

Até mesmo em decorrência dessa aderência a um modelo patrimonialista de dominação, é possível afirmar que as serventias extrajudiciais são submetidas a um regime misto, nem totalmente público, nem totalmente privado. São titularizadas por uma pessoa física, após aprovação em concurso público de provas e títulos organizado pelo Poder Judiciário de cada Estado da Federação. Prestam um serviço típico de Estado, mas em caráter privado, ou seja, podem contratar funcionários e organizar o serviço da forma mais adequada possível. E, o que é mais relevante para as finalidades deste trabalho, são fiscalizadas pelo Poder Judiciário⁵².

A fiscalização dos atos dos notários e registradores, titulares das serventias, é realizada administrativamente pelo Judiciário em dois níveis. O Poder Judiciário estadual, por meio de sua corregedoria da justiça, opera localmente; enquanto o Conselho Nacional de Justiça – CNJ atua nacionalmente, por intermédio de provimentos e recomendações. Este órgão utiliza-se da edição de regulamentos em abstrato, com a finalidade de normatizar diversas atividades desses serviços auxiliares, mesmo atingindo o universo jurídico de terceiros, simples usuários dos serviços⁵³.

3.1 O TABELIÃO DE NOTAS

Foram os portugueses que trouxeram à colônia brasileira a figura do tabelião de notas, que era nomeado, em caráter vitalício, diretamente pelo Rei de Portugal⁵⁴. A partir dessa figura, surgiram todos as demais especialidades de serventia extrajudicial.

Para entender o significado atual do tabelião de notas, é necessário retornar às suas origens. Os tabeliões, em Portugal, apareceram a partir do início do Século XIII, com o objetivo

⁵¹ É o caso do Estado de Alagoas, no qual o próprio CNJ tomou a iniciativa de organizar o concurso, com base no decidido no PCA nº 003242-06.2014.2.00.0000. Abertas as inscrições por meio do Edital 01/2019, de 12/09/2019, porém, as provas foram canceladas diversas vezes e acabou por ser franqueado o ressarcimento do pagamento da taxa de inscrição aos candidatos do concurso (VUNESP, 2019). Ao consultar essa página, é possível constatar o grande número de decisões judiciais que afetam o andamento do concurso, principalmente com a retirada de serventias da lista de unidades vagas.

⁵² A fiscalização das serventias extrajudiciais pelo Poder Judiciário tem o respaldo dos Art. 103-B, § 4º, I e III, e 236, § 1º, todos da Constituição Federal. Além do poder disciplinar sobre os titulares ocupantes das delegações, ao Judiciário é concedido o poder normativo, ou seja, o poder-dever de estabelecer regras para atuação da atividade.

⁵³ São exemplos os Provimentos CNJ 63/2017, alterado pelo 83/2019, que trata da parentalidade socioafetiva; e o Provimento CNJ 73/2018, que regulamenta a alteração de nome e sexo da pessoa transgênera no Registro Civil.

⁵⁴ A nomeação ocorria por intermédio de carta régia desde o Século XVI e o titular poderia cumular outras funções além da de tabelião de notas, como a de escrivão dos órfãos, nos povoados que se formavam, como o Rio de Janeiro da época (SERRÃO, 2008).

de intervir nos atos jurídicos de direito privado que tinham por objeto a propriedade. Eram oficiais públicos e os contratos que formalizavam, denominados escrituras, adquiriam o caráter de autênticos. Eram válidos independentemente de outro requisito, pois possuíam “*fé pública*” (SÁ NOGUEIRA, 2008).

O contexto econômico de Portugal à época explica em boa parte o surgimento dos tabeliães. A geração intencional de excedentes na agricultura, com a conseqüente expansão do intercâmbio de bens e mercadorias, contribuiu para a formação de redes urbanas. Fortaleceu-se o crédito e os investimentos passaram a ocorrer a prazos cada vez mais longos. Por esses motivos, “*a segurança e estabilidade desta teia de compromissos crescentemente mais duradouros e complexos requeria o primado absoluto da escrita. Se possível, da formulação por escrito de todos os negócios com implicações de curto, médio e longo prazo sobre a propriedade e as pessoas*” (SÁ NOGUEIRA, 2008, p. 514). Para satisfazer a essa necessidade de segurança nas relações comerciais, surgiu a ideia de criar-se um oficial que interviria nos negócios jurídicos privados, com a “*fé pública*” atribuída pelo rei, e cujos documentos produzidos em decorrência de sua atividade seriam considerados públicos⁵⁵. O caráter de documento público tornava a escritura uma prova inatacável em caso de litígio. Havia ainda o interesse político na atuação desse profissional, que auxiliava no fortalecimento da presença do rei, pois o tabelião era por ele nomeado para atuar em determinada circunscrição territorial. A princípio, apenas existiam nos grandes centros; posteriormente, chegaram a praticamente todas as aldeias de Portugal (SÁ NOGUEIRA, 2008).

A maioria dessas características está ligada até hoje ao ofício contemporâneo do tabelião de notas. Outras que se perpetuam até hoje são a possibilidade de contratar auxiliares para o desempenho de suas atribuições⁵⁶; o pagamento pelo trabalho prestado diretamente pelo usuário do serviço, de acordo com tabela fixada pelo soberano; a entrega de nota, como comprovante de pagamento; e o prazo para entregar o traslado da escritura, cujo original deveria ser mantido em seus livros. Todas elas estavam presentes nos regimentos dos tabeliães desde os primeiros deles, em 1305 (BARROS, 1922).

⁵⁵ O modelo lusitano de tabelião não foi efetivamente criado em Portugal. Sua origem ocorreu na Itália, em torno do Século XI (SÁ NOGUEIRA, 2008).

⁵⁶ Bernardo de Sá Nogueira examinou inúmeros documentos públicos do Século XIII e percebeu a hierarquização de cargos, de acordo com a responsabilidade que a eles era atribuída pelos tabeliães. Existiam os vice-tabeliães, os subtabeliães e os escrivães; e, segundo o autor, desde aquela época havia indícios de tentativa, por parte da Coroa, de proibir o “*absenteísmo no exercício do ofício*” pelos seus titulares (SÁ NOGUEIRA, 2008, p. 395-396).

Os regimentos, como anota o historiador Henrique da Gama Barros (BARROS, 1922), surgiram a partir de reclamações formuladas diretamente ao rei pelos usuários de seus serviços. Nesses “*agravos*” eram destacados os abusos praticados pelos tabeliães daquela época. Nesse sentido, merecem destaque algumas das 29 disposições do Regimento de 15 de fevereiro de 1305⁵⁷, comentadas por aquele cronista. Em paralelo, nas notas de rodapé, são anotados dispositivos normativos contemporâneos, como a demonstrar uma estranha atualidade daquele regimento:

“1º. Escrever em livro de papel as notas das cartas ou instrumentos que haviam de lavrar. A acusação dizia que as lançavam em cédulas e em roes e perdiam-nas; e quando lh’as reclamavam, respondiam, comquanto já embolsados do salário, não saber de que se tratava, pois não as achavam em seus livros.⁵⁸

2º. Não advogar em tribunais, salvo em causa própria ou de seus familiares. Attribuíam-lhes exercer a advocacia, desprezando, até, a proibição dos juizes.⁵⁹

3º. Registrar em livro de coiro os contratos. Não o faziam, com grande prejuízo das partes.⁶⁰

4º. Escrever e ler as notas perante as testemunhas. Não as liam; e alguns não levavam o pergaminho nem a tinta, afirmando que as escreveriam depois, o que não cumpriam; e, se as escreviam, não era com o teor que se tinha convencionado.⁶¹

5º. Dar prompts até três dias, desde aquelle em que as partes os pedirem, os instrumentos de dívida. E até oito as outras escripturas. Estava já estabelecido o prazo de três dias, mas sem nenhuma excepção. Os tabeliães eram arguidos de deixar correr um anno e muitos mais sem entregarem, aos donos as escripturas já pagas. No regimento que se diz de 12 de janeiro o prazo é sempre de três dias.⁶²

6º. (6, 7 e 10). Não exigir salários superiores aos que lhes estavam taxados. Allegava-se que excediam os das escripturas; e quando as partes lh’as iam pedir, embora já estivessem pagas, queriam receber gratificação, que arbitrariamente fixavam, pelo trabalho de as procurarem, e muitos havia que nem assim as davam, e insultavam as

⁵⁷ Nenhuma das 29 disposições daquele regimento padece de anacronismo quando comparadas com a contemporaneidade. Apenas algumas delas serão comentadas neste texto, todavia, por serem as mais pertinentes a esta pesquisa.

⁵⁸ Lei 8.935/1994 (Lei dos Notários e Registradores):

Art. 6º Aos notários compete:

II - Intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, **conservando os originais** e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo. (grifos meus)

⁵⁹ Lei 8.935/1994. Art. 25. **O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia**, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão. (grifos meus)

⁶⁰ Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:

I - **Manter em ordem os livros, papéis e documentos de sua serventia**, guardando-os em locais seguros. (grifos meus)

⁶¹ Código Civil, art. 215.

§ 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, **a escritura pública deve conter:**

IV - Manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes; (grifos meus)

⁶² Lei de Registros Públicos (6.015/1973)

Art. 19. **A certidão** será lavrada em inteiro teor, em resumo, ou em relatório, conforme quesitos, e devidamente autenticada pelo oficial ou seus substitutos legais, **não podendo ser retardada por mais de 5 (cinco) dias.**

Art. 20. **No caso de recusa ou retardamento na expedição da certidão**, o interessado poderá reclamar à autoridade competente, que aplicará, se for o caso, a pena disciplinar cabível. (grifos meus)

partes; e se estas os demandavam por tal motivo, illaqueavam-nas com pleitos e rabulices por forma que nunca os prejudicados conseguiam obter justiça.⁶³

7º. (8). Chamar testemunhas que certifiquem a identidade das partes, quando estas lhes sejam a elles desconhecidas. Era preceito já estabelecido, mas não o cumpriam.

12º. (14 e 16). Pôr sempre nos instrumentos, o dia, a era e o lugar em que foram feitos, o nome das pessoas em que n'elle intervêm e o objeto de que tratam, tudo por extenso ('per letra') e não 'per conto breue', sem entrelinhas nem rapaduras. Assim já estava determinado, mas dizia-se que o não faziam.⁶⁴

17º. (21) Nas vilas onde morarem mais de dois, hão de ter casa ou paço conhecido onde os encontre quem precisar do seu serviço. A maioria dos tabelliães não queriam esse escriptorio comum; o que dava logar a prejuízos por não poderem as partes haver as escripturas na ocasião em que lhes eram necessárias.⁶⁵

21º. (27) Estabelece como regra geral o que no artigo 17 (13º. n'este nosso resumo) estava determinado para certos casos em especial, isto é, que os tabelliães, antes de entregarem as escripturas, as leiam às partes deante de testemunhas.⁶⁶

(BARROS, 1922, p. 735-741)

A atualidade das disposições daquele regimento de 1305 se repete quando do estudo da forma de provimento dessa função pública. Nesse sentido, cabe destacar que praticamente todo o modelo português de administração tinha fortes raízes patrimonialistas (FAORO, 2021). A função de fiscal de sisa (imposto cobrado sobre qualquer compra e venda de mercadoria), por exemplo, era exercida por prazo determinado por alguém que arrematava a cobrança (rendeiro). A partir da escolha da melhor proposta, era arrendada a esse particular a arrecadação do tributo. Ele tinha que pagar à Coroa determinado montante; depois cobrava do povo o máximo de imposto que pudesse amealhar, repartindo os recebimentos com o oficial régio e com a própria Coroa (BARROS, 1922).

⁶³ Lei 8.935/1994:

Art. 7º. Parágrafo único. É facultado aos tabeliães de notas realizar todas as gestões e diligências necessárias ou convenientes ao preparo dos atos notariais, requerendo o que couber, **sem ônus maiores que os emolumentos devidos pelo ato.**

Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:

VIII - **observar os emolumentos** fixados para a prática dos atos do seu ofício;

IX - Dar recibo dos emolumentos percebidos;

Art. 31. **São infrações** disciplinares que sujeitam os notários e os oficiais de registro às penalidades previstas nesta lei:

III - **a cobrança indevida ou excessiva de emolumentos**, ainda que sob a alegação de urgência; (grifos meus)

⁶⁴ Código Civil, art. 215.

§ 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, **a escritura pública deve conter:**

I - Data e local de sua realização;

II - Reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;

III - nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação;

(grifos meus)

⁶⁵ Lei 8.935/1994. Art. 43. **Cada serviço notarial ou de registro funcionará em um só local**, vedada a instalação de sucursal. (grifos meus)

⁶⁶ Código Civil, art. 215.

§ 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, **a escritura pública deve conter:**

VI - Declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram; (grifos meus)

Essa modalidade de apropriação privada, que adjetiva o patrimonialismo, era repetida na administração da Justiça. Os cargos de auxiliares da justiça portuguesa, como os de tabelião, tanto o de notas, quanto o judicial (antecessor do oficial de cartório judicial); porteiro (oficial responsável pelos procedimentos de arrematação judicial); meirinho e almoxarife (tesoureiro), entre outros, eram vitalícios, tidos como propriedade particular de quem fora nomeado. Por esse motivo, eram frequentemente objetos de venda, de arrendamento, ou de sucessão hereditária, apesar de reiteradas proibições régias⁶⁷. Até a figura do promotor de justiça, que inicialmente (Século XV) era uma função exercida pelos tabeliães, tinha seus subsídios pagos por meio dos emolumentos quitados pelos réus condenados ou pelos autores que desistissem da querela (BARROS, 1922).

Os tabeliães, desde aquela época, eram fiscalizados por representantes do Judiciário. Aos corregedores cabia visitarem as vilas e, se julgassem que nenhum tabelião conhecia o ofício, ou não gozava de boa fama, poderia substituí-los, de acordo com o regimento desses magistrados, publicado em 1340. Nesse caso, o corregedor poderia indicar ao rei “*duas pessoas da terra que fossem aptas para o cargo*” (BARROS, 1922, p. 743-744).

O recolhimento da pensão anual pelos tabeliães é outra característica que perdura até os dias de hoje, com as devidas modificações⁶⁸. Ela foi instituída desde o estabelecimento do notariado em Portugal, no Século XIII e representava relevante receita para o reino, pois era paga por quase todos aqueles oficiais. Consistia basicamente em uma quantia fixa paga à Coroa para que eles pudessem exercer sua função. A falta de pagamento levava à condenação à morte do faltoso. Esta pena, reconhecidamente nunca aplicada pelo próprio rei, foi substituída pela de prisão perpétua nas Ordenações Afonsinas (BARROS, 1922).

Como se percebe, a arquitetura normativa referente ao tabelião de notas permaneceu praticamente inalterada desde a introdução do modelo de notariado em Portugal, no início do Século XIII. Deve-se considerar, por evidente, que a forma de governo é diferente; que não mais é a Coroa quem nomeia esse oficial entre seus preferidos, mas o Estado, por intermédio da pretensa impessoalidade dos concursos. A fonte de produção das normas não tem por base o

⁶⁷ Demonstração evidente do descumprimento dessas vedações pode ser encontrada desde as Ordenações Afonsinas, surgidas em meados do Século XV. O texto do Tomo IV, Título VIII, demonstra que esse impedimento era antigo e se estendia a todos os ofícios concedidos pelo monarca (PORTUGAL (REINO), 1984, p. 68-69). A mesma proibição foi reiterada nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, o que demonstra sua pouca efetividade.

⁶⁸ Atualmente, do valor pago pelos usuários pelos serviços prestados nas serventias notariais e registrais, percentuais variáveis de Estado para Estado da Federação, de acordo com a respectiva tabela de emolumentos, são destinados a órgãos públicos da Administração Direta. No Estado de São Paulo, por exemplo, aproximadamente 41% desses valores são destinados a entidades como o Tribunal de Justiça, Ministério Público e Fazenda Estadual, entre outros (SÃO PAULO (ESTADO), 2022).

voluntarismo do rei, mas a discussão parlamentar que legitima a lei. Mas permanece basicamente a mesma estrutura de quando sua criação. Sua atividade é exercida por uma pessoa física, que continua a ser fiscalizada por um corregedor ligado ao Poder Judiciário; ele continua a receber seus pagamentos diretamente do usuário de seus serviços, de acordo com tabela de emolumentos fixada em lei; e permanece repassando ao Estado quantias arrecadadas como condição de exercício de sua função⁶⁹.

Até os principais vícios praticados naquela época, durante o exercício da atividade, continuaram a ser objeto de repressão na legislação atual. Destacam-se entre eles, como detalhados anteriormente, a questão da cobrança dos emolumentos, repetida em diversos dispositivos na Lei 8.935/1994; e a obrigatoriedade de serem seguidos todos os passos previstos em lei para o aperfeiçoamento da escritura. Mais de sete séculos se passaram sem que houvesse qualquer mudança profunda que alterasse esse cenário.

O tabelião se manteve fiel a um modelo construído no nascedouro do mercantilismo português, que necessitava de um agente cujo objetivo era o de dar segurança às transações privadas. Para tanto, apropriou-se do conceito de “*fê pública*”, do qual era dotado tão-somente por ser designado pelo soberano, como seu representante, para a tarefa de intervir em negócios jurídicos relacionados ao direito de propriedade. Por consequência, as escrituras, produto por excelência de seu trabalho, são consideradas até hoje documento público.

Mais tarde, na contemporaneidade, esse fundamento serviu como justificativa para lhe serem transferidas outras atribuições, como as relacionadas ao direito de família e das sucessões⁷⁰. Alguns vislumbram a partir desse marco a criação de um movimento denominado “*extrajudicialização*”⁷¹, que nada mais seria do que a transferência de atribuições do Poder Judiciário para o serviço extrajudicial, do qual outro exemplo seria a previsão da usucapião administrativa no CPC/2015.

Eventual tendência legislativa ou judiciária nesse sentido, porém, em nada descaracteriza o modelo histórico do tabelião de notas. Ao contrário; apenas o reforça. Ele permanece o mesmo agente designado pelo ente estatal com interveniência obrigatória em determinadas

⁶⁹ A falta de repasse das quantias pertencentes ao Estado caracteriza em tese o crime de peculato-apropriação, embora o parcelamento do crédito tributário afaste a persecução penal até o lançamento definitivo do tributo pela autoridade fiscal, de acordo com a Súmula Vinculante 24/STF (STJ, 2017).

⁷⁰ Foram os atos previstos pela Lei 11.441/2007, posteriormente incorporada ao Código de Processo Civil vigente (Lei 13.015/2015). A partir dela, tornou-se possível a lavratura de inventário, separação e divórcio por meio de escritura pública, respeitadas determinadas condições previstas naquela norma.

⁷¹ Para verificar o pensamento dos titulares de serventia extrajudicial sobre o assunto, vide o levantamento “*Cartório em números*”, Edição 2021 (ANOREGBR, 2022).

transações privadas⁷². Sua participação, além de condição de validade do negócio jurídico, acarreta a inversão do ônus da prova de quem eventualmente alegar a existência de nulidade ou de anulabilidade. A presunção de validade, como em qualquer documento público, porém, é relativa, pois pode ser derrubada diante de provas suficientes em sentido contrário.

Até o modelo de organização administrativa de que pode um tabelião se utilizar permanece o mesmo. A possibilidade de contratação, por conta própria, de escreventes e de auxiliares para desenvolver sua função existe desde seus primórdios⁷³. Porém, fica claro que o exercício privado dessa delegação, exercida como pessoa natural, com o objetivo particular de auferir lucro, convive concomitantemente com o exercício da função pública. É da própria essência do modelo do tabelião de notas esse paradoxo.

Em decorrência, o patrimônio particular de quem recebe a delegação, que também recebe receitas públicas em pagamento da prestação de um serviço público⁷⁴, é instrumento para atingir-se o interesse público. Esse modelo, proveniente da Idade Média lusitana, descende diretamente das velhas manifestações do patrimonialismo português, como já ressaltado. Neste, o interesse particular e o público se mesclavam totalmente, a tal ponto de suas fronteiras impedirem por séculos o desenvolvimento da dominação burocrática, impessoal por excelência.

Em nosso país, cuidou-se de uma figura importada para a colônia pelos invasores portugueses. Ele continuou a ser nomeado, em caráter vitalício, diretamente pelo Rei de Portugal⁷⁵. A maior parte de suas competências, como a lavratura de escrituras, testamentos públicos e cerrados e procurações públicas⁷⁶ vêm desde suas origens.

⁷² Ressalta-se que a estipulação de um valor mínimo de transação a partir do qual a escritura é necessária, como formalidade essencial ao ato, existe desde a criação do modelo de tabelionato de notas, no Século XIII (BARROS, 1922). A finalidade seria a de evitar fossem realizados quaisquer negócios jurídicos referentes a direito real, principalmente os de grande vulto, por instrumento particular. Essa característica é outra que perdura, atravessando toda a evolução do direito privado desde aquela época até os dias de hoje, como o demonstra o art. 108 do atual Código Civil, que afirma, ressalvadas as exceções legais, que a “*escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País*”.

⁷³ Essa liberdade, aliada a iniciativas de “controle de mercado”, faz com que existam tabelionatos de notas com mais de 200 funcionários na capital do Estado de São Paulo (CNJ, 2022).

⁷⁴ Os emolumentos recebidos em contrapartida da prestação de serviços extrajudiciais são tributos, da modalidade taxa. Para aprofundamento sobre o assunto, com menção à jurisprudência consolidada do STF desde a década de 1960, vide o capítulo sobre responsabilidade civil da atividade extrajudicial, de minha autoria, em (WATANABE, CAIRES e NALINI, 2021).

⁷⁵ Como exemplo, vide Carta Régia de 11 de maio de 1576, de nomeação para os cargos de Tabelião de Notas e de Escrivão dos Órfãos da Cidade do Rio de Janeiro (SERRÃO, 2008, p. 283).

⁷⁶ Outras competências que se agregaram foram a emissão de cartas de sentença judiciais, o apostilamento de documentos públicos entre países signatários da Convenção de Haia; e a lavratura de ata notarial. Ainda são realizados os atos autenticação de cópias e de reconhecimento de firma, os quais deverão ter o mesmo destino da antiga pública-forma, a qual foi extinta.

Atualmente, os tabeliães buscam ressignificar sua atuação a partir de uma suposta aderência de seu ofício ao pensamento neoliberal dominante das elites brasileiras. Nesse cenário, apropriam-se da lógica economicista daquele movimento, a despeito das contradições presentes no próprio modo de exploração dos tabelionatos. Apresentam-se como agentes da progresso, a partir da ótica de produção de resultados positivos para a Administração Pública, sem que ela necessite despende nenhuma quantia para a manutenção desse sistema. Esse discurso, na sua ótica financeira, é lastreado nas quantias repassadas ao Estado, normalmente taxas e outros tributos incidentes sobre os emolumentos, pagas pelos usuários por seus serviços, e repassadas pelos tabeliães a órgãos públicos⁷⁷.

Seu paradigma representaria um modelo antigo; porém, bem-sucedido de privatização de função pública. Este é o panorama exposto na publicação “*Cartório em Números*” (ANOREGBR, 2022), capitaneada pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR. Nela é nítida a argumentação neoliberal do “*Estado mínimo*”, com destaque para a incorporação de serviços anteriormente prestados pelo Estado pelos tabelionatos, em obediência ao movimento da “*extrajudicialização*”. A ideologia de a iniciativa privada prestar um serviço de melhor qualidade, comparativamente ao setor público permeia toda a argumentação. Destaca-se a ênfase praticamente exclusiva em aspectos financeiros, com o desprezo de outros parâmetros palpáveis de atingimento de metas em políticas públicas, o que denota a predominância do pensamento lastreado em aspectos ligados ao mercado como única forma possível de definição, gestão e realização.

Esse modo reducionista de pensamento é típico do pensamento neoliberal, que reduz toda a complexidade humana à dimensão do mercado. De fato, de acordo com Christian Laval, o neoliberalismo é uma racionalidade nova que visa modificar não apenas o Estado, mas também criar um novo sujeito. O “homem econômico”, ou “homem calculador”, é a subjetividade presente em um mundo concorrencial, que replica em todos os cenários apenas a racionalidade do mercado: “*se o sujeito é posto nesses termos, como integralmente econômico em todas suas escolhas, então se tem o direito de estender o mercado a múltiplos domínios, tais como o da educação, da droga, da justiça, etc.*” (LAVAL, 2020, p. 80-81).

⁷⁷ Há um claro equívoco nesse raciocínio. Mesmo se for considerada a efetiva necessidade da existência de uma função pública como a do tabelião (o que foge aos objetivos deste trabalho), ela poderia ser exercida diretamente pelo Estado e gerar resultados positivos. Um claro exemplo pode ser encontrado na função do antigo fiscal de sisa, pois sua tarefa de arrecadar tributos era evidentemente superavitária para a Coroa em qualquer condição. O Fisco, em qualquer esfera da federação, sempre gerará mais receitas do que despesas, pois dele depende a arrecadação que custeará a máquina pública. A opção de o serviço ser prestado pelo Estado, ou de ser objeto de delegação a particular, passa por escolhas legislativas, norteadas por questões de fundo ideológico, as quais são influenciadas atualmente pelo modelo neoliberal de economia.

Esse ideário é coerente com a corrente econômica do pensamento liberal, que dominou o universo jurídico brasileiro no Século XIX, e deixou marcas indelévels no direito privado. De fato, ao atuar em negócios jurídicos entre particulares, o tabelião age de acordo com os dogmas contratuais clássicos, herdados do pensamento jurídico da Modernidade. Os polos contratantes têm interesses opostos entre si, mas são sempre considerados formalmente iguais. É apagada dessa representação qualquer sinal de vulnerabilidade, ou de pertença, que pudesse influir nas respectivas manifestações de vontade. Não é relevante, para a escritura, de acordo com os princípios contratuais clássicos, se de um lado está uma grande construtora e, do outro, uma mulher negra grávida de baixa renda, um homem branco empresário bem-sucedido, ou um idoso com dificuldades de locomoção devido a uma doença degenerativa.

Para o tabelião, como para essa corrente de direito contratual da Modernidade, existe apenas uma representação sem correspondência na realidade. Ou seja, o tipo ideal denominado “indivíduo abstrato”, descendente direto da filosofia iluminista, a partir da filosofia cartesiana. Não fosse a carga ideológica que essa figura carrega consigo, seria possível aproximá-la do Tício, do Mévio ou do Caio das aulas introdutórias de direito das obrigações, devido à sua pretensa indeterminação. Dela sobressai a característica do voluntarismo, fruto da liberdade consagrada nas revoluções burguesas, da qual é consequência a autonomia privada (FACHIN, 2000).

Esse modelo, apesar de ainda persistir na mentalidade de muitos operadores do direito, está atualmente ultrapassado. O postulado da autonomia privada trabalha em conjunto com o da igualdade formal. Neste aspecto, argumenta (FACHIN, 2000, p. 207) que o indivíduo em abstrato das grandes codificações do Século XIX deve ser afastado para se considerar a expressão em concreto das pessoas, porque:

“No plano dos contratos, a incorporação da igualdade material, no lugar da igualdade formal também é outro dado essencial, segundo o qual não basta que os contratantes sejam reputados apenas formalmente iguais. É necessário que a ideia de comutatividade se projete no plano material de igualdade, sob pena de serem aplicadas, neste caso, algumas consequências que exaltam aquilo que se denomina patologia jurídica ou de formação defeituosa da relação jurídica.”

Outro sinal persistente do direito clássico nas escrituras é a sua excessiva patrimonialidade. Ressalta-se, por evidente, que o direito privado tem na patrimonialidade das relações humanas um importante pilar, pois diversas transações entre particulares, como uma compra e venda, ou a constituição de propriedade fiduciária em garantia, não prescindem da monetarização para seu aperfeiçoamento. Daí porque não se deve falar em despatrimonialização do direito privado a partir da ordem constitucional de 1988, mas em sua funcionalização (AMARAL,

1998). Ou seja, em uma oposição de limites para a consideração do patrimônio nas relações contratuais, pois também devem ser levados em conta os aspectos existenciais (pertinentes à pessoa humana) e sociais (subordinação da propriedade ao seu caráter social). Nos documentos nos quais o tabelião atua, entretanto, não há qualquer restrição quanto a essa dimensão. Não é relevante, decerto, se a escritura formaliza a venda de um latifúndio improdutivo, ou se a alienação implicará no despejo de um locatário que vivia no imóvel.

Está mais presente no pensamento dos tabeliães um valor a eles ligado desde sua origem, ou seja, a ideia de segurança jurídica. Este foi, recorda-se, o motivo de fundo de sua criação, no nascedouro do mercantilismo português. Ao emprestar o caráter de documento público aos negócios jurídicos em que intervinha, dificultava-se o êxito de eventual contestação por aqueles que pleiteassem a existência de algum vício de validade naquela transação.

A segurança jurídica que os tabeliães pretendem garantir ainda é lastreada no mesmo instituto da “*fé pública*”, de origem medieval, e de discutível necessidade na contemporaneidade. O texto de (DIP, 2018, p. 120) é representativo desse discurso, utilizado com frequência no meio notarial:

Tenha-se em conta que o todo potestativo da fé pública política atende ao fim da segurança jurídica, e esta, como toda causa final, é também uma causa de outras causas, vale dizer que dirige os meios correlativos, influenciando os atos todos que, no percurso da formação e da perseverança difusa da atuação notarial, devem conservar seu indispensável liame com o escopo de custódia e realização dos bens da comunidade.

Não há dúvida, porém, que segurança jurídica é um atributo perseguido em todas as sociedades, pois sua existência fundamenta a previsibilidade, que possibilita o planejamento do futuro. Não à toa, ela faz parte do conceito de Estado de Direito, pois protege a população contra o arbítrio. A dúvida que deve ser levantada é qual modelo de segurança jurídica é o garantido pelo tabelião.

Ora, o apego ideológico ao modelo de pensamento neoliberal na sua vertente economista, sem embargo de sua persistência renitente ao modelo de direito clássico, não deixa espaço para dúvida. O paradigma ainda é o da Modernidade, positivista, com seu apego excessivo às normas, como se o legislador encarnasse a expressão máxima da razão. Aplica-se a lei sob a justificativa da equidistância, como se não inexistisse uma posição axiológica em agir dessa forma, como se ela não comportasse espaço algum para interpretação no caso concreto. Essa postura é justificada por meio do argumento de o tabelião ser um agente administrativo, neutro e imparcial, adjetivos que não são aplicáveis a nenhuma pessoa concreta, mas que denunciam muito sobre quem assume esse discurso. Nesse sentido, cabe transcrever, como exemplificativo, o seguinte trecho de dissertação de mestrado, posteriormente publicada, o qual, descontada certa dose de

ufanismo, é representativo de toda uma literatura que enxerga a tipologia de tabelião lastreada no direito moderno:

O aspecto da imparcialidade presente na figura do mediador é, da mesma forma, essencial ao notário, sendo considerado como responsável pela atribuição da confiança pública e da confiança do público depositada a esses profissionais na prestação de seus serviços. Assim sendo, no exercício de sua profissão, protege, de forma igualitária as pessoas, atuando sempre de maneira neutra, jamais podendo esquecer que tem a função de ser tabelião das partes.

(COMASSETTO, 2002, p. 97)

Evidentemente foge ao objetivo deste trabalho um estudo mais profundo sobre a adequação desse profissional à contemporaneidade. Em uma sociedade hipercomplexa, na qual inovações são utilizadas pelos mais diferentes atores, a manutenção de um discurso lastreado no conceito de fé pública concedida pelo Estado perde cada vez mais o sentido. Afinal, tecnologias como a do “*blockchain*”, utilizada para o Bitcoin e outras criptomoedas, permitem o compartilhamento de informações sem a necessidade de um controle central. Todas as informações inseridas são perfeitamente auditáveis, pois são visíveis para todos, e imutáveis.

Mesmo a modernização abraçada pelo tabelião de notas (como a de todos os segmentos das serventias extrajudiciais) é conservadora. Atinge somente os aspectos-meio de sua atividade, com aprimoramentos de fundo tecnológico, como será discutido no Capítulo 4 deste trabalho; porém, não modifica em nada seus fins⁷⁸.

3.2 O CONTEXTO DO SURGIMENTO DOS REGISTROS

O tabelião de notas serviu de paradigma para uma série de funções públicas que surgiram no Brasil à sua semelhança. Todas elas, chamadas genericamente “cartórios”, guardam entre si as características carreadas desde a Idade Média por aquele profissional. Ou seja, de serem exercidas por particular, pessoa física; de serem fiscalizadas pelo Poder Judiciário; de não serem remuneradas pelos cofres públicos, mas diretamente pelos usuários de seus serviços; de repassar parcela de sua receita ao Estado como condição de continuidade de exercício da função; e de poderem contratar livremente seus próprios funcionários. Por esse motivo, são herdeiros da mesma estrutura patrimonialista lusitana, na qual a exploração particular do lucro mescla-se à finalidade pública da atividade. Compartilham as mesmas características, a ponto de,

⁷⁸ Cabe mencionar, como exemplo da recorrência desse paradoxo na história brasileira, a obra do historiador Peter Eisenberg, que, ao estudar a indústria açucareira em Pernambuco nos Séculos XIX e XX, detectou nela um fenômeno semelhante. Ou seja, a modernização tecnológica daquele setor sem que houvesse quaisquer mudanças estruturais (EISENBERG, 1977).

contemporaneamente, terem legislação de regência semelhante, quando não coincidente⁷⁹. São os denominados registros públicos.

Aspecto a destacar é a criação de todos eles em um curto espaço de tempo. Entre meados do Século XIX e o início do Século XX, o sistema de registros brasileiro surgiu no prazo de apenas cinquenta anos⁸⁰ a partir de especializações do tabelião de notas. São o registro de imóveis, civil de pessoas naturais, títulos e documentos e civil de pessoa jurídica⁸¹. Com o aumento da população urbana e com os ventos da ideologia liberal, suas funções tornaram-se essenciais para a segurança jurídica buscada pela aristocracia agrária exportadora e pela burguesia que comercializava produtos com o exterior.

Representativo dessa necessidade foi o comentário realizado por Teixeira de Freitas ao art. 68 de seu “Esboço” do Código Civil. Nele, o jurista defende a criação de um “*Registro Conservatório*” no qual seriam transcritas as hipotecas, as transmissões de direitos reais, as incapacidades supervenientes e todos os instrumentos cuja transcrição viesse a ser necessária para proteger o adquirente do imóvel e o seu credor. Teixeira de Freitas idealizou esse registro central, composto de elementos de registro imobiliário e de registro civil, ao menos na parte referente às interdições, em torno de 1863, no início da segunda metade do Século XIX, em uma época na qual mal existia o registro de hipotecas, antes de todos os demais registros públicos surgirem.

Art. 68. O Registro, que denomino *Conservatório*, é o que se tem chamado impropriamente *Registro dos direitos reais*, e mais impropriamente ainda *Registro das hipotecas*. É sobretudo a necessidade de um bom registro hipotecário o que determina essas cautelas de publicidade, é conseqüentemente a utilidade pública da segurança da transmissão e aquisição dos imóveis; mas o Registro instituído para essa publicidade será incompleto, se, além da transcrição das hipotecas, e de outros direitos reais, não contiver também a transcrição das incapacidades supervenientes, como bem reconheceu o Projeto de Genebra, redigido por Bellot, Rossi e Girod⁸². E, na verdade, se não há ato válido sem a capacidade civil de seus agentes, é evidente que, além da necessidade de conhecer-se o fato da aquisição dos imóveis, e da constituição dos direitos reais, também é indispensável conhecer a disponibilidade dos imóveis, disponibilidade que não existe sem a capacidade civil. Adquirentes e mutuantes, que contratam com pessoas incapazes, serão tão enganados como quando compram o imóvel a quem não é proprietário dele, ou a quem já o tem hipotecado ou onerado de outros direitos

⁷⁹ É o caso da Lei dos Notários e Registradores (Lei 8.935/1994) e a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), entre outras.

⁸⁰ Evidentemente deve ser adotado como parâmetro o ritmo de tempo do Século XIX, quando as deliberações parlamentares, os transportes, as comunicações; tudo, enfim, estava em um patamar diverso do atual.

⁸¹ A Lei dos Notários e Registradores (Lei 8.935/1994) prevê ainda outras especialidades; porém, para o propósito desta dissertação, não serão estudados os tabeliães de protesto de títulos, os tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos e os oficiais de registro de distribuição. Eles não são mencionados na Lei de Registros Públicos.

⁸² Esse projeto foi apresentado em 1827 na França, mas não chegou a entrar em vigor (FREITAS, 1865, p. LXXXI-LXXXII)

reais; ou quando aceitam hipotecas sobre imóveis que não pertencem ao devedor, ou que se acham já hipotecados ou onerados de outros direitos reais. Ora a denominação – *Registro Conservatório* – é ampla e abrange todos e quaisquer instrumentos, cuja transcrição pública o legislador julgue ser necessária.

(FREITAS, 1952, p. 61-62)

Aquele jurista foi um dos que anteviu a necessidade de segurança jurídica para um bom ambiente de negócios. Afinal, de nada adianta o indivíduo abstrato exercer plenamente sua autonomia privada, em um domínio restrito do direito privado, ao adquirir a propriedade de um bem imóvel por meio de uma escritura perante um tabelião⁸³, se posteriormente viesse a descobrir que o alienante era incapaz, ou que o imóvel estava hipotecado. Essa situação seria impen-sável, pois seu direito à propriedade seria atacado frontalmente por uma falha do sistema que fora criado para protegê-lo.

Deve-se recordar que, nesse período o pensamento liberal era dominante nas elites que formavam os círculos de poder no Brasil. Como analisado anteriormente, os cursos jurídicos produziam “*um tipo de intelectual educado preferentemente para a atividade política e disciplinado para reproduzir o modo pelo qual o liberalismo via, no Século XIX, as relações de poder nessa sociedade.*”⁸⁴ (ADORNO, 2019, p. 30). Por sua vez, eram estes os profissionais que povoavam a máquina do Estado (MOTA, 2010), os quais se aliavam aos interesses das elites dirigentes da época.

É sob esse prisma que deve ser analisado o surgimento dos registros públicos⁸⁵ em nosso país. A partir de 1850, devido à Lei Eusébio de Queiroz, que vedava o tráfico de escravos, ocorreu a escassez crescente desse tipo de mão-de-obra, com sua conseqüente valorização. Novas necessidades surgiram a partir de então, como o incentivo à imigração livre e o investimento em técnicas de produção menos intensivas em mão-de-obra. Essa alteração da base da economia, anteriormente fundada na escravidão, para uma transição capitalista, trouxe consigo novas necessidades de capital. Fortaleceram-se instrumentos jurídicos, como a hipoteca, que trariam possibilidades de financiamento de longo prazo para a economia, essencialmente agrária, voltada para exportação, e centrada nos grandes senhores de terras. Para tanto, seria essencial a

⁸³ Poderia ser também transferir o domínio de um escravo, transação para a qual era essencial a forma pública, como discutido anteriormente.

⁸⁴ O autor realizou seu trabalho empírico com os formandos pela Faculdade de Direito de São Paulo; porém, essas conclusões são perfeitamente válidas para aqueles formados pela Faculdade de Direito de Olinda (posteriormente transferida para Recife).

⁸⁵ Estes são os registros previstos na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973). A Lei dos Notários e Registradores (Lei 8.935/1994) prevê ainda outras especialidades; porém, para o propósito deste artigo, não serão estudados os tabeliães de protesto de títulos, os tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos e os oficiais de registro de distribuição.

criação de mecanismos que trouxessem “segurança jurídica” para os credores e, ao mesmo tempo, garantissem a continuidade da situação de privilégios da classe dirigente.

3.3 O REGISTRO DE IMÓVEIS

O registro geral de hipotecas, cuja criação foi autorizada pela Lei Orçamentária de 1843, foi a primeira tentativa de ampliar a concessão de crédito durante o Império. Era uma forma de dar publicidade às escrituras que formalizavam esse tipo de garantia. Não se exigia ainda o controle sobre as alienações do imóvel, o que apenas foi formalizado em legislação posterior. De toda sorte, evidenciaram-se as preocupações, nas discussões no Parlamento, com os limites da delegação de poderes ao Executivo para legislar sobre o assunto e com a repressão às fraudes que esse registro proporcionaria. O Senador Manuel do Nascimento Castro e Silva, na sessão de 23/09/1843, resumiu (SENADO IMPERIAL, 1843, p. 541) bem esse último tema e o associou ao custo do crédito:

Ninguém ignora as fraudes que se praticam nas hipotecas, já hipotecando-se uma mesma propriedade seis e mais vezes, já antedatando-se para preferências e outros conluíus, tudo isto por falta de um registro de hipotecas; todos nós sabemos que por causa dessas fraudes continuadas, vemos que muitos fazendeiros, tendo aliás bastantes propriedades, não podem haver dinheiro, hipotecando-as sem pagarem grandes prêmios: e por quê? Porque teme-se que aquelas suas propriedades estejam hipotecadas duas e três vezes a outros indivíduos. Se pois isto é um mal, por que não havemos remediar?

Como se abstrai do trecho do discurso, havia uma dupla justificativa para a criação do registro geral de hipotecas. Uma era decorrência da outra. A fundamental lastreava-se na prevenção às fraudes. Esta, a seu turno, acarretava o aumento do custo do crédito que seria concedido ao setor agroexportador, que dominava a economia brasileira. Percebe-se, assim, que esse registro foi criado precipuamente para atender os grandes senhores de terras em suas necessidades de financiamento. Nesse sentido, o discurso do combate às fraudes, ressalta-se, é uma das formas pelas quais o argumento abstrato da segurança jurídica se materializa no mundo fático.

Lafayette Rodrigues Pereira, famoso jurista e político no Império, reforçou (PEREIRA, 1915, p. 406) para quem servia primordialmente o registro, pois “*de há muito os interesses agrícolas, da maior transcendência em um paiz como o nosso, instavam com energia por uma reforma que, organizando a hypotheca sobre a larga base da publicidade, assegurasse ao crédito territorial a força e a expansão de que é capaz*”.

A regulamentação prometida veio com o Decreto 482, de 14 de novembro de 1846, que criou o registro geral de hipotecas. O seu artigo 2º. estipulou para aquele registro uma regra de

competência territorial que foi seguida para o registro imobiliário em todas as legislações posteriores até os dias de hoje: “*As hypothecas deverão ser registradas no Cartorio do Registro geral da Comarca onde forem situados os bens hypothecados. Fica porém exceptuada desta regra a hypotheca que recahir sobre escravos, a qual deverá ser registrada, no registro da Comarca em que residir o devedor*”^{86 87}. Para dar eficácia imediata à medida, determinou-se ainda que, em cada comarca, ao menos um tabelião de notas deveria se encarregar desse trabalho.

Este foi o embrião do registro de imóveis tal como é conhecido hoje. Porém, a legislação da época ainda permitia diversos tipos de hipotecas, dentre as quais a incidente sobre bem imóvel era apenas uma delas. Havia hipotecas gerais, incidentes sobre todo o patrimônio do devedor, e até mesmo as ocultas. Por esses motivos, diante do pequeno resultado gerado pela legislação na concessão de novos empréstimos, o Ministério da Justiça decidiu promover uma “*reforma hipotecária*”. Seu projeto, encaminhado à Câmara dos Deputados em 1856, restringia essa garantia apenas às coisas imóveis por natureza e, para dar-lhe maior eficácia, ampliou as competências do registro e determinou que nele fossem transcritos quaisquer títulos translativos de domínio.

Nabuco de Araújo, então Ministro da Justiça, perante os deputados, assim justificou (NABUCO, 1997, p. 251-252) a reestruturação do então registro de hipotecas em 20 de agosto de 1846:

Temos é verdade um registro criado pelo decreto de 1846, para as hipotecas convencionais, mas este registro não é senão um epigrama; que importa que ele advirta ao emprestador que não há outras hipotecas convencionais, se podem ocorrer como de emboscada hipotecas privilegiadas e ocultas? Temos um registro que nos diz que a propriedade que se vai hipotecar já está hipotecada, mas não temos um registro que nos diga que a propriedade que se vai hipotecar está alienada, que a propriedade hipotecada foi depois alienada, para que o credor possa exercer seu direito de seqüela e excutir o imóvel onde quer que ele se ache. Temos um registro que previne uma espécie de estelionato, que consiste na hipoteca da coisa já hipotecada, mas não temos um registro que previna outra espécie de estelionato mais prejudicial, que consiste em hipotecar a coisa já alheada.

⁸⁶ O contrato que envolvesse a transferência de propriedade de escravo somente poderia ser formalizado por meio de escritura pública. Nesse caso, o tabelião deveria fiscalizar se o escravo estava matriculado na repartição arrecadadora do governo imperial e se a taxa anual fora devidamente recolhida aos cofres do Tesouro Nacional (art. 32 do Decreto 7.536, de 15 de novembro de 1879).

⁸⁷ Esta é uma triste demonstração de que os avanços tecnológicos pelos quais o sistema de registros públicos passou e passará, por meio das legislações posteriores, levam seus operadores apenas a uma racionalidade meramente instrumental, sem reflexões sobre seu trabalho e ponderações sobre seus efeitos. (ADORNO e HORKHEIMER, 1985).

O projeto foi convertido na Lei 1.237, de 24 de setembro de 1864,⁸⁸. Além da reforma hipotecária e da criação do registro de imóveis, a lei criou um mercado secundário de títulos privados. Foi concebido um sistema financeiro hipotecário, o que permitiu a instituição de companhias para emitir letras hipotecárias, que poderiam ser negociadas no mercado (LOPES, 2019).

A criação efetiva do registro de imóveis, entretanto, não pode ser analisada divorciada das grandes transformações promovidas pela Lei de Terras, de 1850⁸⁹. Ela iniciou um processo que alterou definitivamente o *status* jurídico da propriedade imóvel no direito brasileiro. Conjugada às alterações trazidas pela Lei 1.237, de 1864, que modificou as Ordenações Filipinas quanto à forma de transmissão de direitos reais sobre bem imóvel, como será descrito adiante, pode-se afirmar que houve, em curto espaço de tempo, uma autêntica revolução nos preceitos relativos à propriedade imóvel.

Até antes da Lei de Terras, todos os imóveis do país pertenciam à Coroa. Era o que esclarecia o Alvará Real de cinco de janeiro de 1785 (PORTUGAL (REINO), 1984, p. 822). A terra era patrimônio pessoal do rei, que a doava como reconhecimento de um privilégio do donatário. Eram considerados a posição social de quem pedia o favor, suas qualidades pessoais e os serviços prestados à Coroa. Possuir terras era um sinal de prestígio e de reconhecimento social, mas também de poderio econômico; pois o Rei somente as concedia para quem as pudesse explorar. Muitos, porém, em busca de maior prestígio social, burlavam essas restrições e acumulavam mais territórios do que podiam efetivamente ocupar (COSTA, 2016).

Era o sistema das sesmarias, transplantado da metrópole portuguesa⁹⁰, que vigorou no Brasil durante todo o período de colônia e boa parte do Império, até o advento da Lei de Terras. A sesmaria era caracterizada por não outorgar ao donatário uma propriedade absoluta, como aquela presente nas legislações a partir das revoluções burguesas. Era, na verdade, uma espécie de concessão da Coroa, um domínio condicionado ao preenchimento de determinados deveres, como a efetiva ocupação e plantio, dentro de determinado prazo. Nesse sentido, Ruy Cirne Lima afirma que as “*concessões de sesmarias são meramente concessões administrativas sobre o domínio público*” (CIRNE LIMA, 1990, p. 43). Mesmo porque aquele que a recebia sujeitava-

⁸⁸ A Lei 1.237, de 1864, denominada *Lei das Hipotecas*, alterou totalmente o modo de transmissão da propriedade de bem imóvel, pois a tradição tornou-se ficta e solene, com a transcrição do título. Anteriormente, a efetiva tradição da coisa era a única forma de transmissão do domínio (LOPES, 2019).

⁸⁹ Lei 601 de 18 de setembro de 1850.

⁹⁰ O sistema de sesmarias foi regulamentado em 1375 durante o reinado de D. Fernando I, com o objetivo de ocupar e cultivar terras não aproveitadas do Reino de Portugal, posteriormente à crise agrícola que se seguiu à Peste Negra (GONÇALVES, 2014).

se à pena de comisso (perda do direito à terra) no caso de descumprimento das obrigações; ou seja, a gleba poderia ser novamente dada em sesmaria a outra pessoa. Aliás, “*pressuposto básico para a compreensão da propriedade sesmarial brasileira é, precisamente, seu caráter público, ou seja, o fato dos territórios pertencerem de jure à Coroa*” (VARELA, 2005, p. 73) (grifos do original).

A obrigação do efetivo cultivo era uma das condições para a manutenção da sesmaria e seu principal fundamento jurídico. Havia outras, como a de medir e demarcar a terra, além do dever de registrá-las nos livros da Provedoria, para que a Coroa controlasse as doações e as respectivas áreas, para que não houvesse sobreposições entre elas. A maioria dessas obrigações, entretanto, era ignorada pelos sesmeiros e, com o passar do tempo, multiplicaram-se aqueles em situação irregular. Surgiram conflitos, pois nada se sabia acerca das dimensões dessas terras, uma vez que não estavam demarcadas, e as autoridades se arriscavam a doar em sesmaria áreas já anteriormente doadas (SILVA, 2008).

A dificuldade de fiscalizar o efetivo cumprimento das obrigações levou à decadência do sistema de concessão de sesmarias ainda no Século XVIII. O cenário de litígios motivado pela estrutura fundiária caótica congestionou os foros da colônia, não apenas com ações possessórias, mas também criminais. Sesmeiros regulares e aqueles incidentes na pena de comisso concorriam com posseiros, para os quais a legislação portuguesa não reconhecia direitos. A situação de total descontrole levou à suspensão desse regime a partir de 1822, por resolução do Príncipe Regente (VARELA, 2005). A partir daquela resolução, até a edição da Lei de Terras, em 1850, vivenciou-se um vácuo jurídico, no qual, teoricamente, apenas seria possível a aquisição de terras que tivessem origem em uma sesmaria que não tivesse retornado à Coroa. Estas eram uma minoria; na prática, o único modo de adquirir novos territórios foi por meio da mera ocupação.

A Lei de Terras criou um novo estatuto jurídico para a propriedade no Brasil. As terras deixaram de ser da Coroa e passaram a ser do Estado, passando a serem chamadas “devolutas”. O único meio de adquiri-las seria por meio da compra, diretamente do governo. Ao definir as terras públicas, porém, abriu caminho para a propriedade privada absoluta. Afinal, no seu texto, aquela lei revalidou as sesmarias sujeitas à pena de comisso por falta de cumprimento de qualquer obrigação, além de legitimar as posses exercidas por aqueles que não possuíam título. Ao retirar do Estado qualquer possibilidade jurídica de recuperar as terras por descumprimento de condição, a Lei de Terras efetuou a transição jurídica de uma propriedade pré-moderna para a liberal, absoluta e incondicional (VARELA, 2005). A partir daquela lei, a propriedade particular

apenas poderia ser perdida pela expropriação⁹¹ e a propriedade pública passou a ser tida como residual.

O discurso de transição para a propriedade moderna, absoluta, fundamento central da ordem jurídica liberal-burguesa, decorreu de um processo. Não foi um fruto decorrente apenas da Lei de Terras. Entretanto, esta lei foi um marco jurídico que alterou o foco das discussões sobre o tema. Nesse sentido, deve ser lembrado que, a partir das revoluções liberais, principalmente da Revolução Francesa, foi aos poucos sendo eliminado o conceito de propriedade medieval, caracterizada por seus diversos vínculos que ligavam o servo e o senhor feudal à terra. Afinal, o liberalismo passou a ver a propriedade como direito natural, pleno, livre e desembaraçado, ligado ao indivíduo.

No Império lusitano, a sesmaria representava essa ligação antiga, com o pensamento pré-moderno, e o esforço para desconstruí-lo se intensificou principalmente no início do Século XIX (MOTTA, 2012). O discurso dos juristas era embasado na defesa da autonomia individual, da liberdade que permitiria a quem detivesse a terra fazer dela o que melhor lhe aprouvesse, sem a necessidade de cultivá-la. Por esse motivo, ao comentar o pensamento de Vicente Esteves de Carvalho como representativo dessa época, (MOTTA, 2012, p. 202) afirmou que o autor julgava que:

A legislação agrária de D. Fernando não era merecedora dos louvores da filosofia, pois ela atacava a propriedade individual e, nesse sentido, “tudo o que ataca a propriedade, por uma por uma parte indis põe e irrita os ânimos, e por outra afrouxa a actividade, e indústria dos proprietários”. Para o autor, a forma mais justa e acertada de conseguir a prosperidade da agricultura não seria constranger os proprietários a cultivar suas terras e de puni-los na ausência do cultivo. A melhor maneira era “fazer-lhes encontrar na sua boa cultura o seu próprio interesse”. Por conseguinte, a sesmaria estaria pautada em meios violentos de coação, contrariando a própria natureza humana.

A transição do regime de sesmarias para o da propriedade moderna foi um dos marcos da mudança do eixo do sistema produtivo brasileiro em meados do Século XIX. Até então o escravo era tido como o principal ativo da economia agrária e valia muito mais do que a terra. Porém, era grande a pressão internacional para a eliminação do sistema baseado em sua mão-de-obra. Nesse sentido, as leis que restringiram o tráfico⁹² geraram nos grandes senhores de

⁹¹ Inverteu-se a lógica até então presente no imaginário dos juristas. Antes da Lei de Terras, na dúvida, toda propriedade era presumida da Coroa; após sua edição, presumia-se qualquer propriedade era presumivelmente privada (VARELA, 2005).

⁹² A Lei Eusébio de Queiroz (Lei 581, de 4 de setembro de 1850), que proibiu o tráfico de escravos, foi precedida pela Lei Feijó (Lei de 7 de novembro de 1831), que proibiu a importação de escravos no Brasil, além de declarar livres todos os escravos trazidos para terras brasileiras a partir daquela data. Esta última, por ter sido fruto da pressão do Império Britânico e por ter sido constantemente desrespeitada, foi conhecida popularmente como “Lei para inglês ver”.

terras a expectativa de que algum dia a escravidão seria extinta, sendo necessária sua substituição por trabalhadores livres.

Nesse sentido, a Lei de Terras deve ser lida conjuntamente com a Lei Eusébio de Queiroz. Para substituir o escravo, que, com a vedação do tráfico pela Lei 601 de 18 de setembro de 1850, se tornaria cada vez mais caro (EISENBERG, 1977), a solução encontrada era a de trazer o trabalhador livre da Europa. Todavia, foi motivo de preocupação entre os legisladores o possível abandono da ligação com o senhor de terras tão logo o estrangeiro chegasse ao Brasil. Pensaram eles que seria natural cada um buscar trabalhar em sua própria terra, ao invés de produzir para o latifundiário. Por essa razão, trataram de criar mecanismos que dificultassem o acesso à terra pelos recém-chegados.

A estratégia encontrada foi a de valorizar a terra. Se ela fosse cara o suficiente, apenas o grande senhor de terras teria condições de adquiri-las. O negro liberto e o estrangeiro teriam de trabalhar e economizar por anos até conseguirem algum lote. Essa medida continuaria a concentrar o poder no setor agrário voltado à exportação, pois seu poderio econômico, anteriormente contado em escravos, a partir de então seria contabilizado em terras. Essa estratégia denominava-se “sistema de Wakefield”^{93 94}, fundamentou a Lei de Terras, e foi assim resumida pelo Visconde de Abrantes, Senador do Império, na sessão de 02/08/1850 (SENADO IMPERIAL, 1850, p. 15):

O sistema de Wakefield, como a casa sabe, pode ser formulado em duas palavras: vender terras para comprar trabalho. Wakefield propõe a venda das terras para dois fins: 1º, dar valor às terras para pôr a aquisição delas somente ao alcance daqueles que, além de terem braços para o trabalho, tenham também capitais suficientes, não só para pagar o valor das terras, como para pagar salários a trabalhadores que as aproveitem; e, a contrario sensu, pôr as terras fora do alcance daqueles que só tenham braços para trabalhar, ou dos chamados proletários, de sorte a obrigá-los por algum tempo a alugarem seus braços àqueles que tenham terras, até que por meio do salário que forem ganhando possam ajuntar o capital necessário para a compra de terras. O segundo fim vem a ser: formar-se com o produto da renda das terras um fundo suficiente para pagar a despesa da importação de braços livres que só se possam empregar na cultura das terras, e que sirvam como jornaleiros, empregando-se no trabalho daqueles que

⁹³ Edward G. Wakefield foi um economista inglês que formulou, a partir da década de 1830, uma política de retenção de trabalhadores emigrados para que eles ficassem durante longo período a serviço dos grandes capitalistas nas colônias inglesas. Sua ideia consistia na fixação de um “*sufficient price*” nas terras vagas, pertencentes ao governo, para que estas não fossem acessíveis aos colonos. Dessa forma, com a valorização da terra, os capitalistas poderiam obter mão-de-obra barata pagando apenas pela emigração de pessoas pobres (SILVA, 2008).

⁹⁴ Wakefield mereceu uma citação de Karl Marx (MARX, 2013, p. 877), na qual o filósofo alemão afirma que “*Wakefield descobriu nas colônias que a propriedade de dinheiro, meios de subsistência, máquinas e outros meios de produção não conferem a ninguém a condição de capitalista se lhe falta o complemento: o trabalhador assalariado, o outro homem forçado a vender a si mesmo voluntariamente. Ele descobriu que o capital não é uma coisa, mas uma relação social entre pessoas, intermediada por coisas*”. O caminho para esta citação do original veio a partir de (SILVA, 2008).

tenham comprado terras. Tal é, reduzido à expressão mais simples, o sistema de Wakefield.

Deve ser frisado que, apesar de a Lei de Terras constituir um marco para a adoção da propriedade moderna no Brasil, não houve um uníssono em torno dela quando de sua edição. Proposta no contexto da expansão do plantio do café, interessava principalmente ao setor agrário do centro-sul. Latifundiários de outras regiões não a viam com bons olhos. Afinal, a necessidade de braços vinha principalmente dos senhores ligados à agricultura para a exportação, cujas terras seriam valorizadas, mas o preço do escravo subiria em todo o país. Havia ainda a obrigação de demarcar e de legitimar as terras, o que, aliada à criação do “registro do vigário”⁹⁵, acarretaria custos e poria limites à ocupação desenfreada que era por eles praticada (CARVALHO, 2021).

As divergências surgidas entre a classe proprietária fizeram com que surgisse uma versão historiográfica de que a Lei de Terras não foi eficaz. Para alguns analistas (CARVALHO, 2021), a falta de estrutura para as demarcações, seja em virtude da escassez de profissionais ou de organização do governo, seja da recusa deliberada dos latifundiários a impor limites às suas terras, fez com que aquela norma não atingisse seus objetivos. Todos os grandes senhores continuaram a invadir terras, expulsar delas o pequeno colono, e o conflito no campo continuou. Até mesmo o registro nas paróquias era julgado por eles caro e burocrático. Nesse cenário, deve ser ressaltado que, se os latifundiários tinham dificuldades para acessar o registro paroquial, é de se concluir sua total impossibilidade para o pequeno agricultor.

Essa leitura é objeto de disputa a partir de estudos realizados recentemente. Todos concordam que a Lei de Terras falhou em seus objetivos centrais, pois os conflitos continuaram devido à falta de demarcação, seja do domínio público, seja do particular. Porém, os efeitos jurídicos dela, principalmente os ligados ao seu aspecto simbólico, ideológico e legal tiveram eficácia. Historiadores (SILVA, 2015), a partir da interpretação de processos judiciais da segunda metade do Século XIX, verificaram que foi instituída a “*lógica do proprietário*” no Brasil. Se, antes de 1850, era lícito para qualquer um ocupar terras incultas e iniciar uma plantação,

⁹⁵ Esse registro, instituído pela Lei de Terras, era meramente declaratório e com propósitos estatísticos. Não havia necessidade de provar o justo título; apenas o de declarar os limites da ocupação, nos livros de registro da paróquia. Normalmente esses limites eram imprecisos, com o intuito de possibilitar seu alargamento posterior (MOTTA, 1998).

⁹⁶ A versão oficial é a de que os registros paroquiais nunca tiveram efeito jurídico algum (LAGO, 2020). Porém, historiadores verificaram, por meio de pesquisa em processos judiciais nos quais se reivindicava o domínio, que esses registros, apesar de meramente declaratórios, serviram de título para aquisição da propriedade. É paradigmático o exemplo do Distrito Federal, no qual a União litigou por muitos anos com descendentes de um pretenso proprietário de terras cujo justo título era o formado a partir de um registro paroquial (VARELA, 2005).

essa conduta passou a ser vedada a partir de então. A lógica anterior, da sesmaria, ligada ao cultivo, cedeu lugar à da propriedade moderna. Esta proibia o uso da coisa alheia e a Justiça atuava para garantir o respeito à propriedade. Foi a consequência imediata da mudança do *status* da terra, que passava a ser do domínio exclusivo de uma só pessoa, fosse ela o Estado, ou o indivíduo.

Deve ser lembrado que a Lei de Terras tinha como um de seus objetivos a valorização da terra, a qual serviria para fomentar o mercado de compra e venda. Não que este não existisse anteriormente, pois sempre houvera a comercialização; mas a partir de então o que passou a ser negociado era efetivamente a propriedade. Ademais (CASTRO, 2009, p. 132) destaca que ela serviu para a mudança do eixo da economia, pois:

À crise do trabalho escravo correspondeu uma crescente capitalização da propriedade da terra. Concretizando o projeto oficial esboçado em meados do século com a votação da Lei de Terras, a partir da década de 1880 a terra teria se tornado, efetiva e eficientemente garantia ao crédito hipotecário, determinada a penhora do fruto colhido, originando uma corrida para implantação de novos empreendimentos produtivos, ampliando aceleradamente a fronteira agrícola no oeste paulista, transformando a especulação com terras em negócio promissor. A renda capitalizada da terra substituiu finalmente, conforme o figurino traçado quando da extinção do tráfico, a renda capitalizada no escravo.

Laura Beck Varela vê um cenário mais amplo em todas essas transformações. De acordo com a jurista, o processo de mercantilização da terra no Brasil do Século XIX teve duas faces. A primeira consistiu na transição da propriedade pré-moderna, sesmarial, para o conceito de propriedade absoluta, como consequência do discurso liberal de tratar-se de um direito natural, garantido constitucionalmente. A outra, com a criação do registro de imóveis (Lei 1.237, de 1864) residiu na disciplina da segurança jurídica do credor hipotecário, com ênfase à proteção do crédito (VARELA, 2005, p. 173-174).

Trata-se de outra face do processo de mercantilização da terra e de absolutização da propriedade fundiária, cuja veste jurídica, ao lado da Lei de 1850, corresponde à disciplina da hipoteca e do registro. (...) É a hipoteca um dos principais institutos jurídicos em prol da circulação da riqueza, na medida em que possibilita constituir a propriedade imobiliária garantia de crédito nas transações. O registro, por sua vez, confere segurança a tais transações.

A criação do registro de imóveis alterou outro aspecto do direito pré-moderno brasileiro. Ao exigir a transcrição da escritura de alienação do imóvel no registro, para gerar efeitos perante terceiros, eliminou-se a antiga transferência por “tradição”, prevista na legislação portuguesa

desde as Ordenação Afonsinas⁹⁷. De acordo com ela, a transferência somente ocorria com a efetiva entrega do imóvel ao adquirente, mediante um ritual realizado perante o oficial público e testemunhas. Em seu lugar, foi introduzida no sistema jurídico brasileiro a aquisição pela transcrição.

Nesse contexto, percebe-se claramente o papel do registro imobiliário no processo de transformação capitalista ocorrido no Século XIX. Ele integra uma série de alterações legais e econômicas ocorridas no conceito de propriedade da terra. A estrutura do país deixara de se basear no escravo, como valor e como matriz geradora de riqueza, e passou a se concentrar na terra, como um ativo valioso e hábil para servir de garantir a circulação de bens. O registro forneceu o respaldo jurídico para que os negócios jurídicos concernentes à terra fossem realizados apenas por meio de escrituras. Transformou-a em mercadoria, apta inclusive à especulação por capitalistas.

Conclusão necessária desse processo é que essas alterações foram conservadoras. Apesar de mudar o eixo da economia, adaptando-a à modernidade e às novas técnicas de exploração exigidas para a inserção do Brasil no mercado de trocas capitalista, o poder continuou nas mãos daquela elite agrária cuja produção era destinada ao exterior. Foram os mesmos senhores, cujo patrimônio anteriormente residia na mão-de-obra escrava, aqueles que se apropriaram das maiores áreas de terras. Foram eles que, por meio de múltiplas redes de influência informais, legalizaram perante os registros de imóveis, extensões imensas de territórios, muito maiores do que as que detinham inicialmente⁹⁸. Mesmo quando não as legalizavam, contavam com o auxílio das forças estatais para expulsar os pequenos posseiros, em litígios judiciais nos quais eram mais bem instrumentalizados⁹⁹.

⁹⁷ Era regra, o contrato de compra e venda, desde as Ordenações Afonsinas, gerar efeitos obrigacionais entre as partes contratantes. Por esse motivo, no caso de venda de um mesmo bem a dois compradores distintos (*do que vende alguma coisa duas vezes a pessoas desvairadas*), apenas o que recebesse a posse teria direito a ação reivindicatória; o outro, apenas teria direito a perdas e danos (POUSADA, 2021).

⁹⁸ Como a certificar essa alteração conservadora, vale mencionar o seguinte trecho (MOTTA, 1998, p. 214), no qual o senhor “*ao vender sua terra – com os limites territoriais que afirmava possuir -, ele precisava contar também com sua rede de relações pessoais para forjar, nos cartórios locais, a extensão alegada e seu respectivo preço. Ao vendê-la, ainda, o fazendeiro não somente transferia a terra em si, mas também seu poder sobre os homens que ali habitavam. E isso não mudou com a promulgação da Lei de Terras*”.

⁹⁹ É paradigmática a ação possessória, com requerimento de imediata reintegração na posse, movida em 1857 pelo Barão de Entre Rios contra um pequeno posseiro na Região de Cantagalo/RJ (MOTTA, 1998). Teixeira de Freitas, já naquela época considerado jurista consagrado do Império, decidiu advogar a favor do réu Antônio Pascoal, um pobre agregado, em segunda instância, no Tribunal da Relação do Rio de Janeiro. Apesar da sólida argumentação jurídica, lastreada na Lei de Terras, e nas provas de que o Barão houvera alargado seu domínio para além do que lhe pertencia, o Tribunal decidiu contra o pequeno posseiro, que foi expulso ao final do processo. São desconhecidos os motivos que levaram Teixeira de Freitas a advogar a favor de Antônio Pascoal; porém, aquele jurista tinha conhecimento dos relatórios que atestavam as constantes invasões dos senhores sobre terras que não eram suas, a tal ponto que defendia uma revisão da Lei de Terras, pois “*ela nem sequer*

3.4 O REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS

O registro civil das pessoas naturais nasceu oficialmente como parte do projeto de o Governo Imperial realizar os recenseamentos decenais, a partir de 1870 (Lei 1.829, de 09 de setembro daquele ano).¹⁰⁰ Sua regulamentação, realizada pelo Decreto 5.604, de 25 de abril de 1874, previa uma divisão de tarefas entre o secretário da Câmara Municipal e o escrivão do juiz de paz do distrito. Este concentraria a maior parte do trabalho, pois seria o responsável pela lavratura dos registros de nascimentos, casamentos e óbitos. Ao secretário da Câmara caberiam as anotações e averbações, além da guarda dos livros de registro, quando findos. Seria de sua competência também a emissão das certidões.

A criação do registro civil, ainda que sua utilização fosse facultativa, de acordo com o decreto, deve ser vista em um contexto mais amplo. No Brasil, até seu surgimento, era a Igreja quem detinha o monopólio dessas atribuições por meio dos registros paroquiais. Os assentos de batismos, casamentos e mortes eram alimentados e mantidos por vigários e outros clérigos em livros de suas paróquias não apenas por obrigação sacerdotal, por se tratar de sacramentos católicos, mas por decorrência do regime de padroado. Por meio dele, os padres recebiam um pagamento do Estado, denominado “*côngrua*” para exercerem essas funções. Por consequência, os documentos por eles emitidos tinham efeitos legais e serviam para diversas outras finalidades, como a de conceder alforria na ocasião do batismo para escravos recém-nascidos (GRAÇA FILHO e LIBBY, 2016), de provar parentesco em inventário, ou de simplesmente provar o estado civil. Evidentemente, aqueles que não eram católicos estavam excluídos desse sistema, o que implicava também a impossibilidade de exercício de diversos direitos. Assim, o florescimento de um registro civil laico teve como fundo um intenso embate com as autoridades eclesiásticas, que perdurou durante boa parte do Século XIX.

O “*modelo francês*” de registro civil foi o centro das discussões entre os juristas nesse processo. De fato, quando Nabuco de Araújo, em 1866, antes de propor ao Parlamento um projeto de casamento civil que preservasse os direitos de pessoas acatólicas, decidiu ouvir Teixeira de Freitas (NABUCO, 1997, p. 649), aquele jurisconsulto assim se manifestou em seu parecer:

pode impedir, como pretendeu, o abuso da invasão das terras públicas, as quais continuam não só assoladas (...) como também possuídas ilegalmente e sem estorvo” (MOTTA, 2005).

¹⁰⁰ O surgimento do registro civil brasileiro, na segunda metade do Século XIX, é representativo de uma mudança na forma de controle social. Um primeiro sistema surgiu a partir do Século XVII, centrado no corpo e exercido por meio das disciplinas, nas escolas, colégios, casernas; o outro apareceu no início da Idade Moderna, é exercido por intermédio de uma biopolítica da população, caracterizada pela gestão calculista da vida, por meio de números como duração da vida, nascimentos, mortalidade, com o objetivo de sujeitar os corpos e controlar populações (FOUCAULT, 1997).

“Reputar o casamento como um simples contrato civil, despi-lo de seu elemento religioso, é fechar os olhos à vida real da humanidade, embalde contrariada pela imoral inovação do código francês”. De fato, o Código Napoleão (FRANÇA, 1962) concebera o casamento como um contrato (*Título V: Do Contrato de Casamento e dos Direitos Respectivos dos Cônjuges*) e retirou da Igreja a competência para realizar todos os registros pertinentes à pessoa, tornando-o laico e de responsabilidade do Estado. O registro civil teve tanta relevância que aquele código dedicou a ele todo um título, chamado *“Dos Termos do Estado Civil”*, no Livro I *“Das Pessoas”* (art. 34 a 111).

O controle estatal do registro civil, logo após a Revolução Francesa, entretanto, não pode ser justificado somente pelo anticlericalismo que a caracterizou. Na verdade, ele deve ser visto como uma das manifestações da Modernidade, da filosofia iluminista utilizada pela classe burguesa que ascendia ao poder. É o que será exposto a seguir.

Michel Foucault afirma que a época anterior era caracterizada pelo exercício do poder soberano do rei. Era ele quem detinha o direito de matar e de deixar viver. Nesse período, a morte era um espetáculo público, no qual o soberano demonstrava a todos o castigo que advinha àquele que ousasse desrespeitar suas normas. Era a época dos suplícios, na qual o poder régio se fazia sentir diretamente sobre o corpo dos condenados, quando a cidade parava para assistir à execução da pena. É exemplo dessa lógica o esquartejamento de Damiens, em 2 de março de 1757, punido até nada restar de seu corpo (FOUCAULT, 1997).

A Ilustração modificou essa forma de exercício de poder. Primeiro por se opor às penas cruéis, tema trazido à baila pelos reformadores penais, como Beccaria, Duport e Bergasse (FOUCAULT, 1997). Mas também por inaugurar uma nova política de exercício do poder. Abandonava-se o mercantilismo, centralizado na figura do rei absoluto e nos monopólios, e surgia uma nova filosofia econômica, centrada no mercado. Despontava em consequência uma nova forma de arte de governar, cujo paradigma, com avanços e recuos perdura até os dias de hoje. Era o liberalismo, cuja lógica passou a constituir a própria *“razão de Estado”* que justificava as ações do governo. Seu objetivo passou a ser um *“governo mínimo”* (FOUCAULT, 2021, p. 56), discutido a partir de fins do Século XVIII, e que:

É a própria razão de Estado no interior e como princípio organizador da própria razão de Estado, ou ainda, é a razão do governo mínimo como princípio organizador da própria razão de Estado. (...) é durante esse período do Estado frugal, inaugurado no Século XVIII e do qual ainda não saímos, que se vai desenvolver toda uma prática governamental, simultaneamente extensiva e intensiva, com os efeitos negativos, com as resistências, as revoltas, etc., que se conhecem precisamente contra as intromissões de um governo que, porém, se diz e se quer frugal.

O Estado liberal desenvolveu uma lógica adequada aos objetivos da nova classe em ascensão. A ótica capitalista mirava maximizar a produção. Com esse objetivo, a figura do casal monogâmico heterossexual, a partir do final do Século XVIII, passou a ser cercada por conselhos de toda origem, para gerar uma prole sadia e numerosa. Em contraponto, o saber médico se aliou ao jurídico para alhear o mundo da imoralidade, da perversão, que não gera descendência, ou cuja prole é degenerada, como o homossexual, o criminoso ou o louco¹⁰¹ (FOUCAULT, 1997).

É a partir dessa ótica que se pode entender o surgimento do biopoder. Ele aparece na Modernidade, como uma tecnologia que objetiva obter o máximo de produção do indivíduo. Seu propósito é o de regulamentar a vida, com base em processos biológicos ou biosociológicos de massas humanas. Ao despontar nos fins do Século XVIII, vem complementar outra tecnologia de poder, surgida um pouco antes, no início daquele século, fundada na disciplina. Esta última, praticada em instituições como a prisão, o quartel, o hospital ou o asilo, tem o foco no corpo do indivíduo, que deve ser treinado, adestrado e vigiado, em um sistema de hierarquia e de inspeções. As duas tecnologias têm em comum a característica de agir sobre multiplicidades de pessoas, pois mesmo a disciplina que atua sobre o corpo solitário do preso, do soldado, do doente ou do louco não ganha sentido sozinha, mas no conjunto de todos os internos, sujeitos às mesmas normas (FOUCAULT, 2005).

O biopoder atua sobre populações. Era estritamente necessário para manter o controle em uma sociedade na qual seu antecessor, o poder soberano, estava se tornando ineficiente. Afinal, ocorriam a industrialização e a explosão demográfica ao mesmo tempo. Quem governava precisava manter a força do Estado e, para tanto, a população que nele habitava devia ser conhecida. Naquele cenário, surgiu a Estatística no final do Século XVII¹⁰², como ferramenta extremamente útil para auxiliar o governante. Com base nela, começaram a ser estudados parâmetros que tinham como objeto a população, como sua quantidade, mortalidade, natalidade e riqueza, os quais geravam números, que devido à “razão de Estado”, deveriam ficar restritos à cúpula estatal e não poderiam ser divulgados. Eram considerados “segredos do poder” (FOUCAULT, 2007).

A realização dos censos populacionais e o surgimento do registro laico, ligado ao Estado, não mais à Igreja, é parte essencial dessa lógica. Não foi por acaso que o Código Napoleão

¹⁰¹ Era o dispositivo da sexualidade, o qual, segundo Foucault, foi central para a caracterização do Estado moderno.

¹⁰² Estatística foi uma palavra criada artificialmente. Etimologicamente significa “conhecimento sobre o Estado” (FOUCAULT, 2007).

dedicou tanta atenção ao registro civil. Ele era submetido à fiscalização da integridade de seus assentos pelo procurador da república que oficiava no tribunal de primeira instância competente (art. 53). Exatamente por ter sido pioneiro, o “modelo francês” serviu de paradigma para outros países, inclusive o Brasil.

A análise de Michel Foucault é repercutida em diversas áreas do conhecimento. Sua filosofia, principalmente no que se refere ao poder disciplinar, é reconhecidamente fonte para diversas pesquisas, também na área jurídica. Porém, seu modelo não deve ser aplicado de forma acrítica e integralmente. Deve-se recordar que o cenário de seus estudos ora abordados foi a Europa, mais especificamente a França, no período dos Séculos XVII a XIX. Esses países foram exemplos do iluminismo tradicional, revolucionário, no qual as revoluções burguesas foram vitoriosas. Em Portugal, em contraponto, floresceu um “iluminismo ibérico”, comentado anteriormente, de caráter reformador e tradicional, permanecendo a religião como força que se preservou durante as mudanças.

No Brasil do Século XIX não é possível se falar em um biopoder plenamente estabelecido. Este, recorda-se, tinha como uma de suas condições prévias o estabelecimento da economia de mercado. Naquele cenário, a lógica liberal tornara-se “razão de Estado” e o controle da população foi considerado uma das medidas para o incremento da produção, necessário diante da industrialização e do crescimento populacional. O nosso país ainda possuía àquela época uma economia fundada na escravidão, com uma parte imensa da população composta de não-pessoas, cujo estatuto jurídico era paradoxal. Eram considerados “coisa” para o direito privado e, ao mesmo tempo, “pessoa” para o direito penal. Essas pessoas geravam riquezas, mas devido à sua condição, pouco ou nada consumiam. Mesmo a lenta mudança de eixo da economia brasileira, a partir da Lei de Terras, não teve o condão de alterar-lhes a situação no decorrer daquele século.

Porém, é possível aplicar a teoria do biopoder de Michel Foucault com algumas cautelas. À semelhança do que foi estudado com as especificidades do iluminismo ibérico e do liberalismo do Império, pode ser utilizado o conceito de biopoder como uma ferramenta útil para entender alguns movimentos do governo brasileiro no Século XIX. Este, apesar da economia pré-capitalista, claramente justificou sua ação pela mesma “razão de Estado” que levou Estados europeus a desenvolver essa tecnologia de poder.

É o caso da previsão de realização de censos periódicos e da criação do registro civil. O censo teria a periodicidade de dez anos, de acordo com o art. 1º. da Lei 1.829/1870. Já o registro civil, previsto no art. 2º. daquela norma, deve ser ressaltado, estava vinculado, no mesmo artigo, à criação do serviço de estatística. A manutenção deste órgão era o principal objetivo do registro,

pois suas informações deveriam ser a ele enviadas. Tal procedimento demonstra o interesse em o Estado conhecer sua população:

Art. 2º O Governo organizará o registro dos nascimentos, casamentos e obitos, ficando o regulamento que para esse fim expedir sujeito á aprovação da Assembléa Geral na parte que se referir á penalidade e efeitos do mesmo registro, e creará na capital do Imperio uma Directoria Geral de Estatistica á qual incumbe:

1º Dirigir os trabalhos do censo de todo o Imperio e proceder ao arrolamento da Côrte, dando execução ás ordens que receber do Governo.

2º Organizar os quadros annuaes dos nascimentos, casamentos e obitos.

3º Coordenar e apurar todos os dados estatisticos recolhidos pelas diversas Repartições Publicas.

4º Formular os planos de cada ramo de estatistica do Imperio, da local de cada provincia, quando a isso for chamada, e da especial a cada classe de factos.

Paragrapho unico. Fica o Governo autorizado a desde; já despender annualmente até 25:000§ com o pessoal da Directoria Geral de Estatistica, annexando-a, se julgar conveniente, ao Archivo Publico, a que poderá dar nova organização.

Os objetivos de conhecer a população, sua quantidade, sua movimentação, seguindo o caminho da maioria dos outros países, encontravam-se entre as justificativas para a aprovação da lei apresentadas no Senado do Império, pela Comissão de Estatística, cujo parecer (SENADO IMPERIAL, 1870, p. 149) foi apresentado em 20 de agosto de 1870:

A comissão de estatistica não fatigará o senado demonstrando que **no estado actual dos governos civilizados é de summa utilidade o conhecimento de todos os factos que se succedem entre os povos**, ou a bem ordenada classificação e desenvolvimento, e o descobrimento das causas que lhes dão nascimento, dirigem-n'os em sua marcha, e acarretam, certos e determinados consecutarios; porque entende que são intuitivas as vantagens que dahi auferem não sómente os governos mas tambem os cidadãos.

(...) portanto, quando o honrado ministro do Imperio, se propõe a fazel-o, apresentando á camara dos Srs. deputados o projecto, que foi por ella approvado e enviado ao senado, na commissão não póde deixar de aceitar a util medida que tende a fazer conhecer aos legisladores do paiz, e á administração superior do Estado, **não sómente o quantum de sua população classificada em suas diversas cathogorias, como os movimentos que nella se operam pelos casamentos, óbitos e nascimentos de cada anno**. Entende a commissão, que sómente em vista de taes e tão importantes dados podem os poderes do Estado conhecer a força do paiz e assentar sobre uma larga base, e com segurança e proveito publico, muitas das medidas legislativas ou administrativas, que são urgentemente reclamadas: e nesta convicção deplora, que até hoje ignoremos qual a **exacta população do Imperio, sua densidade em relação ao vasto territorio**, sobre que se tem espalhado, etc., e que todos os cálculos até hoje feitos se baseem sómente em dados inexactos, ou incompletos, ou resultem de induções que são realmente contestáveis.

(grifos meus)

A comissão apontava também os limites dos registros paroquiais. Eles estavam restritos aos católicos e, mesmo assim, dentre estes havia os que não eram batizados, ou o eram tardiamente. Assim, apesar da população majoritariamente católica, o número de registros de batismos não coincidia com o número real de nascidos. Era ressaltado ainda (SENADO IMPERIAL, 1870, p. 150) que a Igreja não autorizava àquele que não tivesse sido batizado que fosse

registrado seu óbito nos registros paroquiais. Todo esse cenário, evidentemente, sequer considerava os acatólicos, que não apareciam nos registros, e cuja população vinha crescendo com a migração.

Quanto ao registro dos casamentos, óbitos nascimentos, entende a comissão que sua organização, e sua incumbencia á autoridade civil, é da maior conveniencia, afim de que sobre o movimento da população se colham, dados exactos, e portanto proficuos, uma vez que nos parochos continue attribuição de fazer os assentos dos baptismos, que celebram por si, ou por seus encarregados. Este assumpto é por sua natureza civil, e portanto póde ser regulado pelos poderes do Estado. E' por outro lado de notoriedade publica, que **muitas vezes não encontram nos competentes livros ecclesiasticos os assentos relativos áquelles, grandes actos da vida, e que é forçoso recorrer a justificações judiarias para provar a época em que tiveram logar, a filiação dos cidadãos;** etc. justificações que nem sempre são a expressão da verdade, e tão triste resultado se evitaria pelo estabelecimento de um registro civil, que por sua exactidão seria o contraste do registro ecclesiastico, assim como este seria o daquelle. **Accresce, que dos livros ecclesiasticos sómente constam, quanto aos nascimentos, os que foram baptisados, e não os que morreram, antes de o serem; e quanto aos obitos os que foram encommendados pelos parochos, ou cujos nomes lhes foram indicados por pessoas interessadas; e destes factos resultam falsas noções,** e apreciações inexactas por parte da administração publica. Consequentemente entende a comissão, que a disposição do projecto mandando organizar o registro é util; e que tendo já sido reconhecida pela nossa lei n. 586, de 5 de Setembro de 1850, foi tambem com grande proveito admittida na Inglaterra desde 1836 e é recommendada pelos mais notaveis estatisticos.

(grifos meus)

O desconhecimento de dados básicos sobre a população afetava as políticas do governo. Essa incerteza minava até a credibilidade do orçamento para os investimentos em obras públicas, as quais eram realizadas praticamente às cegas. Afinal, as estimativas que deveriam servir-lhe de fundamento eram destituídas de qualquer base empírica. Se até mesmo a população da Corte era objeto de estimativas que variavam mais de 70%, seria pouco razoável pretender realizar previsões para o restante do país sem a realização de contagens fidedignas, como a decorrente do censo.

Esta foi a crítica formulada pelo Senador Tomás Pompeu de Sousa Brasil (Senador Pompeu), ao questionar o investimento em um novo sistema de abastecimento de água para o Rio de Janeiro. Na sessão do Senado de 26/08/1870, ele (SENADO IMPERIAL, 1870, p. 206) enumerou os diversos números possíveis para a população da Corte, lembrando ainda que havia senadores que, na mesma sessão do Senado, afirmavam ter a capital do Império cerca de 510.000 habitantes.

(...) até o proprio governo é o primeiro a desacreditar-o, porque ao passo que a comissão encarregada de fazer este trabalho diz que a população do municipio da Côrte é de 235,000 habitantes, vejo o ministro da agricultura pedir-nos aqui um credito para abastecimento d'agua a uma população de 400,000 habitantes, vejo mesmo em artigos de uma folha como quasi official (o Diario do Rio de Janeiro) artigos que o

governo manda pagar, escriptos em inglez e em francez, andar-se dizer para a Europa que a população desta cidade é de 450,000 habitantes.

Na sessão de 29/08/1870, o Senador Pompeu retorna ao tema. Dessa vez, ele se utiliza de índices estatísticos – os mesmos relatados por Michel Foucault quando do surgimento do biopoder. Taxas de mortalidade e de natalidade da população, por exemplo, não eram temas comuns no Senado do Império, a julgar pelos discursos guardados em seus anais, lembrando que o Brasil sequer tinha um serviço de estatística organizado antes da Lei 1.829/1870, a qual autorizou sua criação. Dessa forma, as comparações efetuadas pelo parlamentar (SENADO IMPERIAL, 1870, p. 242) com os números de outros países ficavam baseadas apenas na arbitrariedade de quem as supunha¹⁰³.

O SR. POMPEU: – O Sr. ministro do Imperio e o Sr. presidente da hygiene publica asseguram que as condições de salubridade do Rio de Janeiro são iguaes ou quasi iguaes ás das cidades mais salubres da Europa; por conseguinte devo comparar com essas cidades. Tambem, segundo o Sr. Leon Le Fort autor de uma memoria publicada na Revista dos Dous Mundos, a mortalidade em França no ultimo censo verificado é de 1 para 43 habitantes, na Belgica 1 para 45, e na Inglaterra 1 para 46. No arrolamento official feito na Inglaterra, e de que dão conta as gazetas deste anno, verificou-se que a taxa da mortalidade em todo o Reino-Unido fôra de 26 para 1,000, ou approximadamente 1 para 44. Se, pois, as condições de salubridade do Rio de Janeiro são iguaes ás das cidades mais salubres da Europa, como dizem o relatorio da junta de hygiene publica e do Sr. ministro do Imperio, se o termo médio da mortalidade dessas cidades salubres é de 1 por 47 habitantes, e se acaso a mortalidade nesta Côrte é de 2 1/2%, isto é 1 para 40, o que se segue, Sr. presidente, é que, tendo sido a mortalidade da cidade do Rio de Janeiro, termo médio de 20 annos, de 9,104 suppõe-se uma população de 364,000 habitantes, e, segundo a nota de obitos verificados no semestre ultimo, de 1 de Janeiro a 30 de Junho, que foi de 5,525, suppõe-se uma população de 421,000 habitantes nesta cidade somente, sem comprehender todo o municipio

Além do orçamento público, muitas outras razões motivaram o interesse do Estado em conhecer a população no Império. Entre elas, encontrava-se a própria legitimidade das eleições para os parlamentos, que eram facilmente manipuladas pelas forças locais. Afinal, os registros paroquiais, que forneciam as listas de eleitores, eram base muito frágil para qualquer tipo de controle. Podiam ser manipulados facilmente, de acordo com os interesses do pároco e dos senhores de terras com os quais o religioso comungava interesse. É o demonstra o comunicado de 06/03/1837 (BRASIL IMPÉRIO, 1861, p. 77-78), de Manoel da Fonseca Lima e Silva, Barão de Suruí e Ministro dos Negócios do Império, ao Presidente da Província da Parahyba, alertando sobre inúmeras fraudes ocorridas nas eleições para a Assembleia Geral Legislativa daquela Província.

¹⁰³ Na sessão de 26/08/1870, o mesmo parlamentar utilizou-se do exótico índice de consumo de “carne verde” para estimar a população da Corte em 393.720 habitantes (SENADO IMPERIAL, 1870, p. 208-209).

(...) Se levantou hum partido de miseraveis ambiciosos, que entre si combinados se propozirão com o maior escandalo, e a despeito das respectivas Leis, a obter os cargos de representantes por aquella Provincia com exclusão dos cidadãos benemeritos, formando para esse fim horríveis cabalas, e compromettendo com ellas até algumas autoridades e pessoas respeitaveis, a quem puderão illudir: sendo entre todos de notar o criminoso expediente de augmentar-se o numero dos Eleitores dos differentes districtos da Provincia (...) para o que não só induzirão os respectivos Parochos a apresentarem listas falsas de seus parochianos, introduzindo nelas nomes de individuos suppostos, com a promessa de serem os mesmos Parochos attendidos e contemplados nas votações (...) e sendo constante a falsidade com que os ditos Parochos na apresentação de suas listas attestarão indignamente o augmento da população em suas respectivas Parochias no curto espaço de hum anno, e com especialidade as dos dous mencionados districtos, que mais avultarão, porque nem houve emigração para elles, que alterasse o seu antigo numero de fogos, nem era possível este augmento, combinando-se os mappas estatísticos organizados no anno antecedente (...) pretendendo huns e outros por todos estes tortuosos e subversivos meios, que a maioria da votação recahisse somente nas pessoas de seus favoritos, isto he, que os votos dos imaginados Eleitores daquellas duas Parochias decidissem exclusivamente da eleição da Provincia, suffocando todos os dos mais Eleitores: o mesmo Regente, (...) ordena que V. Ex., tendo presentes todas as irregularidades e absurdos, de que se valerão aquelles influentes, dê as providencias necessarias para que se proceda á nova eleição na conformidade das Leis; ficando na intelligencia de que deve empregar a maior vigilancia em que sejam exactas as listas dos habitantes de cada hum dos districtos que servem de base ás primeiras votações, e fazer responsaveis os Parochos e as mais autoridades, de que dependem, de qualquer inexactidão que nellas notar, obstando as cabalas.

Durante todo o Império, a situação não se alteraria muito. Afinal, o registro ainda estava nas mãos dos párocos e era fonte para as mais variadas fraudes. Invariavelmente, as quantidades daqueles que compareciam às urnas superava o número total dos presentes nas listas de eleitores (TELAROLLI, 1982).

Outra preocupação estatal era a de conhecer o número de homens que pudessem ser recrutados pelo exército. A força do país, pensava-se à época, residiria na sua capacidade de mobilização; e as guerras externas motivaram esforços de alistamento desde os tempos de colônia. Especialmente por este motivo, surgiram tentativas de execução de censo na América Espanhola e mesmo no Brasil, desde o final do Século XVIII, mas nada foi feito com os dados coletados (ALDEN, 1963). Durante o período colonial e o do Império, porém, o recrutamento para as forças armadas foi tema de inúmeras perseguições entre a população pobre e livre, uma vez que a elite e seus filhos eram sistematicamente poupados (PALACIOS, 2004).

Apesar da criação do registro civil, ele ainda não era obrigatório. Convivia com o registro paroquial e servia principalmente aos acatólicos, cujos fatos da vida civil não eram registrados pela Igreja. Essa população era crescente, pois, com a mudança de eixo da economia do escravo para a terra, migrantes de diversos credos vinham para o Brasil. Devido às restrições impostas pelos efeitos civis das certidões emitidas pelas paróquias, eles viviam em um limbo jurídico, pois não tinham acesso a cargos públicos e nem possuíam instrumentos para comprovar parentesco nas heranças (RODRIGUES, 2008).

Inúmeros conflitos entre o Estado e o Igreja permearam o último quarto do Século XIX. Boa parte deles versou sobre o monopólio do registro civil, principalmente na questão do casamento. Afinal, casamentos mistos, ou seja, entre um cônjuge católico e outro de religião diversa apenas eram permitidos por meio de autorização especial do Papa, em um número máximo estabelecido por ano para todo o país. Aqueles matrimônios que não se enquadrassem nessa condição eram considerados como inexistentes e cada um dos cônjuges poderia casar-se livremente de novo, sem acusação de bigamia (SANTIROCCHI, 2012).

Esse estado de coisas apenas foi solucionado no limiar do advento da República. A partir de então, por meio do Decreto 9.886, de 7 de março de 1888, o registro civil se tornou obrigatório e substituiu o paroquial. Com a promulgação da Lei do Casamento Civil, já na República, o antigo escrivão do Juiz de Paz se tornou oficial de registro civil¹⁰⁴, função pública com as mesmas características funcionais do tabelião e dos demais oficiais registradores.

O censo e o registro civil da década de 1870 não foram os primeiros legislados pelo Império. Houve uma tentativa frustrada anterior. Nesta, o que prevaleceu foi a desconfiança em relação ao controle estatal.

Em virtude do § 3º do art. 17¹⁰⁵, da Lei Orçamentária 586, de 6 de outubro de 1850, foram editados os Decretos nº 797 e 798, ambos de 18 de junho de 1851. O primeiro determinava a realização do “censo geral do Império”; e o segundo instituía o Regulamento do registro civil dos nascimentos e óbitos no país. O Escrivão do Juiz de Paz de cada distrito seria o responsável pela tarefa do registro, à semelhança do que ocorreria com o regulamento de 1874. Algumas disposições, entretanto, causaram certa perplexidade na população. Entre elas, a prévia exigência da certidão de registro civil para batizar qualquer criança; e a certidão de registro de óbito para o sepultamento de qualquer corpo, devendo ser punidos os que desobedecessem a essas disposições. As obrigações ditadas pela norma, aliadas aos temores dos efeitos que sua aplicação ocasionaria, levaram a uma das maiores rebeliões populares espontâneas da história do Império.

Para muito além do universo de senhores e de escravos, a sociedade brasileira do Século XIX era majoritariamente composta de pessoas livres e pobres¹⁰⁶. Essa parcela da população,

¹⁰⁴ Art. 110 do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890.

¹⁰⁵ § 3º Para despender o que necessario for a fim de Levar a effeito no menor prazo possivel o Censo geral do Imperio, com especificação do que respeita a cada huma das Provincias: e outrosim para estabelecer Registros regulares dos nascimentos e obitos annuaes.

¹⁰⁶ Levantamentos de 1819 indicavam que os escravos compunham apenas 30,8% da população do país à época (CASTRO, 2009, p. 7), o que indica a existência de uma sociedade complexa.

principalmente na Região Nordeste, dedica-se à cultura do algodão e à de subsistência em suas próprias plantações, de forma autônoma, desde o início do Século XVIII. O excedente da produção de alimentos era comercializado para os grandes senhores de terras, que se dedicavam à cultura da cana-de-açúcar (PALACIOS, 2004).

Essa estrutura social foi desintegrada nas décadas seguintes, diante de fatores econômicos mundiais e da lógica da elite local, que comandava a política. De uma forma muito simplificada, a partir de meados do Século XVIII, o algodão e o açúcar passaram a ser comercializados por preços cada vez maiores no mercado internacional¹⁰⁷. Os grandes senhores de terras, até então dedicados à *plantation* da cana, passaram também a plantar algodão e, por consequência, queriam expandir seus domínios¹⁰⁸. Os agricultores pobres, diante da maior rentabilidade e da facilidade da cultura de algodão, concentraram nela seus esforços e a plantação de subsistência ficou reduzida apenas ao seu próprio consumo doméstico (PALACIOS, 2004).

O equilíbrio que sustentava a monocultura escravagista do açúcar foi rompido diante dessas forças do mercado. Outros fatores surgiram, motivados pela ação estatal, como o recrutamento forçado para as forças armadas, e a expropriação em grande escala das terras dos pequenos agricultores nas regiões de florestas. Em decorrência, surgiram as grandes fomes no Nordeste, na passagem do Século XVIII para o XIX (PALACIOS, 2004).

Os agricultores pobres e livres eram os responsáveis pela produção de alimentos que sustentava aquela sociedade. Diante desse fato, governadores de províncias emitiram sucessivas ordens para que eles parassem de produzir algodão e se dedicassem apenas ao plantio de produtos alimentícios, para suprir as necessidades de cidades e povoados e às dos senhores de terras¹⁰⁹ (PALACIOS, 2004).

A lógica estatal, todavia, era excludente em sentido mais amplo, pois aos poucos esses pequenos agricultores foram destituídos de suas terras e de seus braços para a agricultura. O recrutamento militar tinha calendário próprio e instável, que se adequava aos conflitos externos da Coroa, fosse a portuguesa, fosse a da colônia. Sua única fonte eram os homens livres e pobres, o que transformava o exército em uma autêntica força camponesa, vinda de todos os locais do

¹⁰⁷ Os motivos imediatos foram a instabilidade política decorrente da Revolução Haitiana; e o aumento de produção de tecidos, com novas tecnologias para os teares, como consequência da Revolução Industrial.

¹⁰⁸ Como relatado no item anterior, referente ao registro de imóveis, os grandes senhores sempre tiveram liberdade para expandir suas terras, a tal ponto de a obrigação de demarcar suas áreas ter sido rotineiramente descumprida durante a vigência da legislação das sesmarias e mesmo depois, com a edição da Lei de Terras.

¹⁰⁹ Nesse sentido, o Governador de Pernambuco determinou, em 18/01/1785, que seria presa qualquer pessoa que plantasse algodão e não tivesse mais de seis escravos (PALACIOS, 2004, p. 148-149). A norma deliberadamente excluía os grandes senhores, que tinham na mão-de-obra escrava sua principal fonte de riqueza. Ao mesmo tempo, estabelecia uma nova divisão social, agora não mais forjada na cor da pele, mas na diferença de classe.

Brasil. A busca por soldados, evidentemente, contrariava todo o calendário do plantio e gerava resistências de grande parte da população. Os homens preferiam fugir a servir às forças armadas; ou, uma vez no quartel, escapavam e se tornavam desertores. Essa postura, criminalizada pelo governo, além de efetivamente retirar braços da agricultura, jogava na ilegalidade boa parte da população (PALACIOS, 2004).

Os grandes senhores de escravos, a seu turno, eram ávidos para produzir cada vez mais algodão e açúcar para o mercado externo. Com sua política expansionista, expulsaram, com o apoio dos governos locais, as famílias pobres de suas pequenas áreas de cultivo. Esses agricultores procuraram outras fronteiras, ao desbravar florestas e bosques do litoral, mas foram dessas terras expropriados, pois o governo decidira preservá-las e torná-las domínio da Coroa, pois presumia existirem madeiras de grande valor comercial¹¹⁰. Vítimas também desses avanços foram os indígenas, expulsos de suas terras devido ao avanço do setor agroexportador (PALACIOS, 2004).

Diante desses conflitos, expulsos para a ilegalidade, boa parte dos camponeses migrou para o agreste, no limite com o semiárido, onde a fertilidade das terras era inferior, e o efeito das secas periódicas se fazia sentir com mais força. Outros seguiram para centros maiores, juntaram-se à marginalidade e à porção paupérrima que circundava essas cidades. Os que permaneceram na região tropical associaram-se aos grandes senhores, para os quais trabalhavam em regime de parceria, ou seja, em terras que não mais eram suas; ou lhe serviam diretamente, como auxiliares em suas milícias privadas (PALACIOS, 2004).

Este histórico sucinto permite entender as raízes das revoltas de 1851 e 1852 no Nordeste brasileiro contra a realização do censo, mas principalmente contra a adoção do registro civil. Afinal, boa parte da historiografia oficial, contada pelas elites e por aqueles que relatam as origens do registro civil, afirma serem aqueles movimentos frutos da imaginação e da ignorância do povo, que seria insensível às ideias modernizantes dos governantes (SANTOS, 2020). Ou, de outra forma, muito simplista, justifica essas rebeliões apenas pelo temor da Igreja em perder seu prestígio, devido ao novo registro laico (TIZIANI, 2016).

A “Guerra dos Marimbondos” ou “Ronco das Abelhas”¹¹¹, como se pôde constatar, teve um histórico prévio de negativas constantes do Estado como lugar de realização da cidadania.

¹¹⁰ Evidentemente, essas terras não foram preservadas pois os grandes senhores de terras cuidaram de invadi-las posteriormente (PALACIOS, 2004). A única diferença é os latifundiários contavam com o beneplácito do Estado.

¹¹¹ Essa denominação, segundo um dos primeiros relatos historiográficos da revolta, vinha do barulho difuso dos manifestantes, quando se aproximavam das delegacias e das fazendas, exigindo que o regulamento do registro civil não fosse executado (MELO, 1920).

Ao contrário, ele era visto pelo povo com extrema desconfiança, pois ele fora o responsável direto, por ação ou omissão, por destruir a estrutura social na qual os camponeses pobres e livres estavam inseridos. Afinal, o Estado legitimara a expulsão de suas famílias da terra onde produziam com liberdade. Era ele também aquele que caçava os filhos desses agricultores pobres para o recrutamento obrigatório, jogando-os para a marginalidade e retirando-lhes os braços da lavoura. Essas pessoas, deve-se lembrar, sequer sentiam-se representadas, pois o voto era censitário e elas, por diversas razões, mas principalmente pela falta de renda suficiente, não participavam das eleições. Por fim, o Estado era representado pelos grandes potentados rurais, que ditavam a lei naqueles domínios, pois os cargos de delegado, juiz de paz e juiz municipal eram eletivos. A única presença externa era a do Juiz de Direito nas grandes comarcas, o qual, normalmente, se aliava às elites locais.

O regulamento do registro civil, deve ser ressaltado, foi antecedido em um curto espaço de tempo, pela Lei Eusébio de Queiroz, de 4 de setembro de 1850. Esta, ao vedar o tráfico internacional de escravos para o Brasil, motivou o aumento de seu preço no país, diante da presumida falta de mão-de-obra, e fez crescer o tráfico interno. Essa movimentação ocorreu a partir das províncias situadas no Norte e no Nordeste e serviu para suprir a monocultura do café, que se encontrava em ascensão, no Sudeste. Todas essas circunstâncias levaram à escassez de braços na antiga *plantation* de açúcar.

Como complicador, deve ser lembrado que a experiência da liberdade, durante o Império, era precária. Qualquer pessoa pobre poderia ser, a qualquer momento, tornada cativa, pois havia uma presunção de escravidão pelas autoridades. Nesse sentido, vide o item anterior deste trabalho e (CHALHOUB, 2012).

Por esses motivos, quando o Estado estabeleceu novas regras de controle populacional, por meio do registro civil, aquelas pessoas se revoltaram. Passaram a acreditar que seria uma forma de tornar seus filhos escravos, pois o registro de nascimento passaria a ser realizado em um único livro, sem diferenciação entre livres e cativos (Art. 8º. Do Decreto 798/1851). Sua regra era diferente do registro paroquial, que mantinha dois livros para o registro dos batismos: um para pessoas livres; outro para escravos. O regulamento, assim, passou a ser designado como “Lei do Cativo” (OLIVEIRA, 2018).

A insurreição foi generalizada e começou ainda no final do ano de 1851, antes de o Decreto 798/1851 gerar efeitos, pois o efetivo funcionamento do novo registro civil estava previsto para 01/01/1852. Ela se espalhou rapidamente por centenas de comunidades, povoados, lugarejos e vilas do Nordeste. Juntava centenas, às vezes milhares de pessoas dispostas a entregar a própria vida para impedir que o registro de nascimento e óbitos entrasse em

funcionamento. Vigários que se recusavam a batizar sem a certidão, ou a sepultar nos cemitérios sem ela, eram obrigados a descumprir o regulamento; delegados e juizes de paz eram mantidos presos nas cadeias; presos eram soltos; e, mais importante: comunicados com o texto do regulamento eram recolhidos e rasgados pela multidão antes de serem lidos nas missas (PALACIOS, 2004).

Os governos provinciais enviaram tropas para reprimir a revolta, além de missões de apaziguamento da população, com presença de religiosos. A revolta, independentemente dessas medidas, prosseguiu e chegou a atingir engenhos. Afinal, os senhores destes normalmente ocupavam cargos públicos e era contra qualquer pessoa que detinha autoridade que o movimento se voltava (OLIVEIRA, 2018).

As notícias chegaram à Corte e logo o regulamento foi revogado pelo Decreto 907, de 29 de janeiro de 1852. A revolta, porém, duraria até meados de fevereiro daquele ano, quando se tornou conhecido o recuo do governo. Deve-se frisar que os decretos do censo e do registro civil não desagradavam apenas à população pobre e livre, mas também aos grandes senhores de terras. Afinal, o tráfico de escravos estava formalmente proibido desde a Lei Feijó, de 7 de novembro de 1831, e boa parte dos cativos que trabalhava nos latifúndios havia ingressado ilegalmente no país após aquela data. Não era de forma alguma interessante a esses potentados rurais o mapeamento de seus escravos, que obrigatoriamente seriam contados no censo (OLIVEIRA, 2018).

O episódio do “Ronco das Abelhas” abre espaço a diversas reflexões. Dentre elas, como antecipada, a questão do Estado como um não-espaco de cidadania desses camponeses pobres e livres nos Séculos XVIII e XIX. O sentimento dessas pessoas acerca do Estado era exatamente o contrário, pois ele funcionava como um braço legitimador dos interesses dos poderosos, vinculados ao setor agrário exportador.

Outro aspecto, relacionado dessa vez à questão do controle estatal sobre as populações e ao biopoder. Trata este do advento da racionalidade moderna para o Estado e a formação de uma nascente burocracia interessada em identificar cada pessoa, localizá-la por caracteres e sinais próprios que a distingam e a permitam ingressar no mercado de consumo, típico do capitalismo. Apenas dessa forma, totalmente individualizada, essa pessoa pode comprar e vender bens, alienar sua força de trabalho e tomar crédito. O capitalista pode emprestar-lhe recursos financeiros com segurança e reduzir os juros que dele cobraria. Afinal, o devedor estará perfeitamente identificado e será mais fácil executar-lhe as dívidas. O interesse de o Estado identificar univocamente o indivíduo é aderente à racionalidade liberal comentada anteriormente. Este

assunto será abordado com alguma profundidade no Capítulo 5 deste trabalho, quando do estudo do nome da pessoa natural.

Sob um olhar crítico, seria esta a principal função do registro de nascimento. Torna-se clara, portanto, a preponderância do interesse estatal ao fazer depender a própria existência legal de cada pessoa a um assento, em um banco de dados. Apenas após essa providência, ela passa a existir formalmente para o Estado, como condição prévia para ser reconhecida como sujeito de direitos. Sob essa ótica, a certidão de registro de nascimento é, antes de mais nada, uma obrigação imposta pelo Estado para que alguém possa ser nele admitido. É uma lógica contraposta e muito distante do discurso de “direito” que é atualmente emprestada a esse documento e é disseminada pelos operadores do direito.

3.5 OS REGISTROS PÚBLICOS E O TABELIONATO NA CONTEMPORANEIDADE

O Código Civil de 1916 deu centralidade aos registros públicos. Teixeira de Freitas pretendia um registro central apenas para gerar publicidade. O Código de Bevilacqua foi além. Estruturou um sistema, dividido em especialidades, e o tornou obrigatório, constitutivo, ou para gerar efeitos perante terceiros¹¹². Não seria pouco dizer que esses registros públicos passaram a assumir na estrutura do direito privado brasileiro um papel de centralidade, com o intuito de afastar os riscos que pudessem afetar as transações comerciais.

De fato, logo em seguida, ainda na “*vacatio legis*” do Código, foram expedidas instruções para a execução provisória dos registros públicos mencionados pelo Código Civil¹¹³. Antes, todos eles tinham legislações próprias e esparsas e seria necessário harmonizá-las. A consolidação veio afinal por meio do Decreto 18.542, de 24 de dezembro de 1928, que regulamentou todas as especialidades.

A vigente Lei 6.015/1973 compilada tem, com poucas mudanças, a mesma estrutura daquele Decreto. Ao colocar lado a lado seus artigos, o leitor atento verifica que, extraídas as mudanças decorrentes das atualizações constitucionais, as alterações devidas aos acordos ortográficos e a alguns progressos tecnológicos, seu sistema e ideário são os mesmos. Até as mutações decorrentes da jurisprudência foram lentas e algumas levaram noventa anos, como no caso

¹¹² A preocupação com os registros públicos está presente em todo o texto do Código Civil de 1916, seja no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (arts. 18 a 30); no Registro de Imóveis (arts. 856 a 862 e em outras passagens); e no Registro Civil das pessoas naturais, que se encontra em diversas passagens do Código, principalmente na Parte Geral e no Livro de Direito de Família.

¹¹³ Decreto nº 12.343, de 3 de janeiro de 1917.

do dogma da imutabilidade do nome da pessoa natural^{114 115}, discutido no Capítulo 5 deste trabalho.

Deve-se lembrar que a questão do nome da pessoa natural está estritamente ligada à dificuldade de o credor encontrar seu devedor. É uma racionalidade advinda do pensamento Moderno. No contexto do Século XIX, quando inexistiam outras possibilidades de identificar a pessoa a não ser pelo seu nome, seria profundamente indesejável que as pessoas pudessem alterá-lo por qualquer motivo, por mais justo que fosse. Como não havia cadastros, a regra deveria ser a de obrigar todos a mantê-lo por toda a vida.

Essa norma contrasta com a relativa liberdade que existia antes da criação do registro civil. Como o país era oficialmente católico, a população era obrigada a se batizar e os registros das paróquias demonstram que era perfeitamente possível alguém mudar de nome ao longo da vida (BOTELHO, 2011). O advento da lógica liberal, porém, alterou repentinamente toda a vivência acumulada dos tempos de colônia.

De fato, as raízes do Código Civil se confundem com as da Lei de Registros Públicos e essa situação gera perplexidades. Afinal, quando foram analisados os motivos do surgimento dos registros públicos, chegou-se à justificativa da maior segurança jurídica para o trânsito dos negócios jurídicos. Seus fundamentos se confundem com a inspiração liberal individualista e voluntarista do Código de Bevilacqua. Afinal, de que outra forma, o sujeito abstrato moderno poderia proteger seu patrimônio em suas transações? Qual outra solução ele encontraria para exercer livremente sua autonomia de vontade nos contratos, ou para conceder empréstimos? Por esse motivo, esse sistema foi desenhado para ele.

Exatamente por ter como destinatária apenas uma determinada parcela da população, a Lei de Registros Públicos tem um caráter excludente. Ela ainda apenas prevê o acesso ao registro civil da família matrimonializada, ou seja, a formada pelo casamento (arts. 67 a 76). Outras modalidades de família, como a constituída pela união estável¹¹⁶, a monoparental, ou a constituída por vários polos, não são acolhidas.

¹¹⁴ O Decreto 18.542, no seu Art. 72, afirmava: “*O prenome será imutável*” e essa redação foi repetida, com algumas modificações, até a atual, no Art. 58 da Lei de Registros Públicos vigente. A seu turno, a ADI 4.275-DF, de 01 mar 2018, autorizou a alteração de prenome e gênero de pessoas transgêneras diretamente no Registro Civil.

¹¹⁵ Um pouco antes do fechamento da redação deste trabalho, foi publicada a Lei 14.382, de 27 de junho de 2022, que possibilitou a alteração imotivada de prenome por uma vez, após o advento da maioridade, alterando o art. 56 da Lei de Registros Públicos. Todavia, apesar da alegada desnecessidade de motivação prevista na norma, permaneceu a possibilidade de o oficial recusar a alteração por alegada má-fé, falsidade, ou intenção de fraudar do requerente.

¹¹⁶ O CNJ, de forma heterodoxa, por meio do Provimento nº 37 de 07/07/2014, criou a possibilidade de registrar-se a sentença declaratória ou a escritura de união estável, de contrato ou de dissolução, no Livro “E” do

O registro civil das pessoas jurídicas, na sua origem, tinha exclusivamente a competência de registrar os atos constitutivos das associações¹¹⁷. Logo se juntou a um novo “*registro especial*”, já com a competência de registrar as sociedades civis, ou seja, aquelas com objeto não-comercial. Sua competência é residual, pois realiza notificações e diligências (Art. 160 da Lei de Registros Públicos). Abrange quaisquer registros de títulos e documentos que não forem da competência de outro oficial registrador¹¹⁸ (Art.127, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos).

Os custos elevados de registro e o excesso de formalidades previstas na legislação afastam as camadas populares do registro civil das pessoas jurídicas¹¹⁹. A necessidade de redação de atos constitutivos para uma associação, com a previsão obrigatória de cargos de direção, realização de assembleias periódicas e averbação de quaisquer mudanças na diretoria ou alterações no estatuto (arts. 44 a 46 do Código Civil), requerem uma estrutura organizacional e financeira que a quase totalidade dos grupos formados nas periferias não dispõem. Coletivos e outros movimentos sociais formados por pessoas das classes menos favorecidas ficam à margem da sociedade, por não terem existência legal. Não podem receber recursos do Estado, nem de grandes corporações privadas. Sequer podem contratar, por falta de personalidade jurídica.

O direito de propriedade, objeto central do registro de imóveis e expressão máxima de liberdade nas revoluções liberais, sempre foi garantido para poucos. Com a publicação da Lei de Terras (Lei 601, de 18 de setembro de 1850), foram anistiados os titulares das imensas sesmarias improdutivas e foi transformada em propriedade absoluta moderna a ocupação exercida pelos grandes posseiros. Os pequenos agricultores, por sua vez, acabaram expulsos de suas culturas pela lógica expansionista dos grandes senhores, desejosos por expandir seus domínios (SILVA, 2008).

Nas cidades não foi diferente. Com o crescimento da população urbana, ocorreu a segregação espacial entre os bairros planejados, com regulação urbanística específica, destinados a residências unifamiliares de alto poder aquisitivo; e o entorno cada vez mais distante dos centros, ocupado por famílias proletárias em loteamentos irregulares, sem possibilidade de

Registro Civil. Esse livro tem caráter residual, com a função de receber outros atos, como emancipação, interdição e nacionalidade

¹¹⁷ Criado pela Lei 173, de 10 de setembro de 1893, foi inicialmente juntado ao registro geral de hipotecas.

¹¹⁸ Criado pela lei n. 973, de 2 de janeiro de 1903, sua regulamentação ocorreu pelo Decreto 4.775, de 16 de fevereiro de 1903.

¹¹⁹ Nesse sentido, merecem destaque as razões do Projeto de Lei 5643/2009, que mais tarde se tornou a Lei 12.879/2013. A norma concedeu gratuidade para os atos de registro que envolviam associações de moradores para sua adaptação ao Código Civil de 2002. Sua justificativa foi lastreada no alto custo dos emolumentos cobrados pelas serventias extrajudiciais, o que impedia a regularização dessas associações, que ficaram na ilegalidade após o prazo para sua adaptação (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

acesso ao registro de imóveis (ROLNIK, 2017). Em algumas cidades, como o Rio de Janeiro, desde logo houve a formação de comunidades, com moradias multifamiliares em espaços totalmente em desacordo com os planos diretores das prefeituras, com dificuldades praticamente intransponíveis para serem algum dia regularizadas¹²⁰.

Alguns anacronismos da Lei 6.015/1973 têm sido corrigidos diretamente pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ por meio de provimentos e resoluções. Esse órgão se justifica na competência constitucional do Poder Judiciário de fiscalizar os serviços extrajudiciais para emprestar legitimidade a suas regulamentações.

Trata-se, porém, de uma “*competência heterodoxa*”. Afinal, um ato administrativo, ainda que vindo de um órgão de cúpula do Poder Judiciário, cria, modifica e extingue matérias que deveriam ser restritas à lei *stricto sensu*¹²¹, pois afeta direitos de terceiros, usuários, alheios aos serviços notariais e de registro.

É certo que atualmente muitas normativas do CNJ, concentradas principalmente na área do Registro Civil, são consideradas progressistas¹²². Corre-se o risco, porém, que eventual mudança na composição daquele órgão mude totalmente a pauta de discussões. Dessa maneira, pode ocorrer a inversão do perfil daqueles atos administrativos, com imenso prejuízo para muitas populações vulneráveis^{123 124}.

¹²⁰ O Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10 de julho de 2001) trouxe diversos mecanismos jurídicos que possibilitariam regularização fundiária de comunidades, como a usucapião especial coletiva de imóvel urbano e a possibilidade de implantação de zonas especiais de interesse social por previsão no plano diretor do município. Porém, devido às dificuldades para a obtenção de todos os documentos necessários, sua utilização ainda é muito restrita. Como exceção, há o caso da regularização fundiária da comunidade do Morro do Cantagalo a partir de 2008, na Capital do Rio de Janeiro, que contou com o apoio de diversas entidades, como as Organizações Globo e o Instituto Gerdau (CASTRO, 2011).

¹²¹ O Art. 22, XXV, da Constituição Federal, afirma ser da competência privativa da União legislar sobre registros públicos. Assim, teoricamente, as modificações na Lei de Registros Públicos teriam seu lugar privilegiado de debates no Parlamento.

¹²² Em contraponto, merece ser citada a decisão do CNJ no Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000, de 26/06/2018, que vedou a lavratura de escritura de união estável poliafetiva pelos tabelionatos de notas do país. A decisão afirmou que essa modalidade de união seria objeto de “*forte repulsa social*” e que não poderia ser reconhecida como família atualmente. Por este motivo, a declaração desse tipo de convivência não seria lícita, sendo vedada a lavratura de escritura com esse conteúdo (CNJ, 2018).

¹²³ Deve-se ressaltar que nem sempre as cortes supremas de justiça exercem um papel contramajoritário, de proteção às minorias. O período do início do Século XX até 1937, quando do julgamento dos *New Deal Cases*, é chamado de “*Era Lochner*” para a Suprema Corte dos Estados Unidos. Durante essas décadas, os “*Justices*” se caracterizam por extrapolar as fronteiras de sua autoridade com o objetivo de destruir a “legislação social”, que seria incompatível com suas crenças no livre mercado e no darwinismo social (GILLMAN, 1993).

¹²⁴ O case *Lochner v. New York*, de 1905, foi o mais representativo dessa época. Era questionada a constitucionalidade de uma lei do Estado de Nova York que limitava as jornadas de trabalho dos padeiros em até 10 horas diárias e 60 horas semanais. A Suprema Corte decidiu contra a validade da lei, com o argumento de que esta interferia no livre direito de contratar existente entre o empregador e o empregado, garantido pela 14ª. Emenda (GILLMAN, 1993).

Os titulares das serventias extrajudiciais, como visto, estão amparados em uma legislação centrada no indivíduo abstrato da modernidade. A origem dessas normas, e de cada uma das principais especialidades das serventias extrajudiciais, surgidas ou ressignificadas com instrumentos do liberalismo individualista do Século XIX, aponta o modo de pensar, e a práxis de quem lida com o ramo de registros públicos, como será detalhado nos capítulos seguintes.

Um exemplo de que esses operadores não estão acostumados a lidar com diversidade é que somente há pouco, em 09 de março de 2021, o CNJ determinou a inclusão de cotas raciais nos concursos de cartórios. As seleções para serventias extrajudiciais eram as últimas que não admitiam reserva de vagas para afrodescendentes no Brasil. Houve resistência por anos e a reserva de vagas vigorará apenas até 9 de junho de 2024. (CNJ, 2021)

Como resultado desse pensamento único e autocentrado, é esperado que ocorram sintomas de caráter discriminatório dos titulares das serventias extrajudiciais contra populações subalternizadas. Nesse sentido, cabe mencionar que as formas mais prejudiciais de discriminação prescindem de intenção dos agentes no sentido de promover segregação ou exclusão de qualquer minoria. Ao contrário. Por decorrem da estrutura social na quais eles estão inseridos, suas expressões atingem desfavoravelmente populações inteiras, ocasionando prejuízos a todos, sem que se possa individualizar o sujeito que motivou o dano (MOREIRA, 2020).

Ferramenta de análise para verificar a ocorrência de formas sedimentadas de sentimentos de supremacia de determinado grupo social, perante outros, é o uso das modalidades encontradas no direito da antidiscriminação. Dentre elas, destaca-se a da discriminação institucional. Esta modalidade foge totalmente do padrão da discriminação direta, rotineiramente discutida no Brasil entre os operadores do direito. Enquanto a arbitrariedade, a intencionalidade e a irracionalidade são características essenciais e visíveis da discriminação direta, a qual atinge primordialmente indivíduos; a institucional prescinde desses adjetivos e seu foco é em grupos sociais, ou em minorias (RIOS, 2008).

Por esses motivos, a capa do “Jornal do Notário”, Edição 195, de jan/fev de 2020, (COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL, 2020) comemorativa do término do 11º. Concurso Público para Cartórios do Estado de São Paulo (Figura 1), é uma imagem que merece uma análise mais profunda, sob a perspectiva do direito da antidiscriminação.

Figura 1 – Capa do Jornal do Notário de 2020



CNB/CF elege nova diretoria para o triênio 2020/2022 | Conheça o novo Corregedor Geral da Justiça: Ricardo Mair Anafe
TJ/SP promove posse solene do CSM e da diretoria da EPM

Fonte: (COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL, 2020).

Apesar do nome, o “Jornal do Notário” é uma revista. Editada pelo Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo – CNB/SP¹²⁵, ela tem circulação bimestral e é destinada a tabeliães daquele Estado, mas seu alcance atinge as serventias extrajudiciais de todo o país, além de magistrados e ministros de tribunais superiores (COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL, 2020).

Adotando-se como ponto de partida a abordagem semiótica de (BARTHES, 2012), é possível dividir a análise da imagem da capa em dois níveis. No nível da “denotação”, ou seja, aquele básico, descritivo, é possível afirmar-se que se trata de um desenho de uma corrida na qual um homem branco de terno vence animadamente todos os demais competidores. Estes, também brancos, não têm o mesmo vigor do homem vencedor. Boa parte das mulheres corredoras, também em trajes formais, não estão preparadas para a corrida, pois estão de saias ou de salto alto. A legenda constante na capa, referente à sessão de escolha das serventias extrajudiciais de um concurso público, ajuda a fixar o significado.

Antes de partir para nível da “conotação”, que trata da análise desses significantes (BARTHES, 2012) em campos semânticos mais amplos, é interessante verificar o que está ausente naquela imagem. Talvez a omissão tenha muito a falar. De fato, ainda no nível descritivo, é perceptível a falta de participantes de outras etnias, como indígenas; de outras raças, como negros; de portadores de necessidades especiais; e de idosos (perceba-se que inexistente qualquer concorrente com cabelos brancos). Não é possível deduzir também a presença de pessoas de outras orientações sexuais e identidades de gênero, pois aquela competição traz implícita em si o estereótipo da virilidade, como se faz perceber o vencedor; e o conjunto indica pouco espaço para sequer discutir o tema de sexualidades divergentes da cisheteronormativa.

A fixação do significado da capa deve passar por um entendimento mais profundo do que seja a discriminação institucional. Afinal, deve-se perguntar para qual público aquele signo “fala”.

Uma instituição é formada por pessoas que trazem consigo suas visões de vida, compartilhadas entre os membros de seu grupo. Quando este é predominante, a própria instituição passa a operar de acordo com os credos e práticas que sintetizam o modo de pensar desse grupo, formando regras de conduta e normas gerais de funcionamento que servem a ele. É o que ocorre com “agentes dessas organizações, que na maior parte dos casos, são representantes de grupos majoritários, [e] tratam pessoas de acordo com, seus próprios preconceitos e também a partir de normas institucionais” (MOREIRA, 2017, p. 132).

¹²⁵ O Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo é a associação que congrega os tabeliães de notas do Estado de São Paulo.

Percebe-se, portanto, que a capa é destinada a um público específico, do qual o CNB/SP se sente representante. Assim, é possível fixar seu significado a partir dos estereótipos presentes (e ausentes) daquela figura.

O entendimento do que sejam estereótipos é obtido a partir de (DYER, 1977). Cuidam-se de representações automáticas que fixam características de grupos subordinados de forma extremamente simplificada. Tudo o que se conhece sobre uma pessoa pertencente a determinada minoria inferiorizada é reduzido a poucos traços, os quais são ampliados e fixados. Como são construídos a partir de relações assimétricas de poder na sociedade, permitem a divisão entre um mundo da “normalidade” e outro da “abjeção”. *“A estereotipagem facilita a ‘vinculação’, os laços, de todos nós que somos ‘normais’ em uma ‘comunidade imaginária’; e envia para o exílio simbólico todos Eles, ‘os outros’, que são de alguma forma diferentes, ‘que estão fora dos limites’”* (HALL, 2016, p. 192).

Um primeiro estereótipo caracterizado na capa da revista do CNB/SP faz parte de um regime racializado de representação. Remete à oposição negro-natureza/branco-cultura. Afinal, deve-se lembrar que estereótipos são baseados em oposições binárias, base do pensamento ocidental, mas que são extremamente simplificadoras (DERRIDA, 2001). De acordo com (HALL, 2016), desde o advento da Modernidade, o negro passou a ser associado à barbárie, à falta de desenvolvimento intelectual. Em contrapartida, o branco representava a civilização e a cultura. Esta oposição está bem retratada na capa, que não tem nela negros representados sequer como concorrentes, indicando, em nível simbólico, uma suposta incapacidade cognitiva desse grupo. O mito da supremacia cultural do homem branco é o que prepondera, no sentido “conotativo”, de (BARTHES, 2012).

A preponderância de um regime racializado de representação ganha relevo ao se recorrer à legenda da capa. A titularidade de serventias extrajudiciais, como afirmado anteriormente, foi a última função pública acessível por concurso para a qual foi reconhecida a obrigatoriedade de reserva de vagas para afrodescendentes. Assim, a supremacia racial branca ganha sentido nesse contexto, para o qual teoricamente o desempenho intelectual seria indispensável para aprovação no certame. Ficou clara a marcação da diferença a partir da definição de um abismo absoluto entre as “raças”, como destaca (HALL, 2016, p. 167-168), pois uma estaria destinada a atividades mentais; a outra, à barbárie:

Estão presentes as abundantes distinções agrupadas em torno da suposta ligação, por um lado, entre as ‘raças’ brancas e o desenvolvimento intelectual – requinte, aprendizagem e conhecimento, crença na razão, presença de instituições desenvolvidas, governo formal, lei e ‘contenção civilizada’ em sua vida emocional, sexual e civil, os quais estão associados à ‘Cultura’. Por outro lado, a ligação entre as ‘raças’ negras e

tudo o que é instintivo – a expressão aberta da emoção e dos sentimentos em vez do intelecto, falta de ‘requite civilizado’ na vida sexual e social, dependência de costumes e rituais e falta de desenvolvimento de instituições civis, tudo isso ligado à ‘Natureza’.

O mesmo pode ser afirmado quanto a estereótipos patriarcais, de subalternização da mulher. Esta, além de efetivamente ficar para trás nessa competição imaginária representada na capa, não seria preparada para ela, diante das peculiaridades de sua indumentária, como a saia e o sapato de salto alto. Pode indicar, em termos simbólicos, além da inferioridade intelectual, uma suposta incapacidade para gerenciar uma serventia extrajudicial. Afinal, capacidades ligadas ao mundo corporativo são estereótipos valorizados e vinculados ao homem branco, com exclusão dos demais.

Também são reafirmados ideais capacitivos e etaristas. A escolha de uma competição que mede o desempenho físico, como metáfora que representa o concurso público, demonstra o propósito de excluir esses grupos. Idosos e pessoas portadoras de necessidades especiais dificilmente atingiriam o mesmo resultado que um homem jovem. Entende-se, portanto, a virtual exclusão de pessoas que representem esses grupos nessa “corrida”.

Todos esses estereótipos são reforçados pelo discurso do mérito individual, oculto no signo maior da capa. Esse discurso vincula a neutralidade, ou seja, a aprovação em concurso público, com o resultado dessa corrida fantasiosa. Este pensamento, todavia, esconde a manutenção de séries de privilégios detidos pelos concorrentes, em detrimento dos “excluídos” do certame. É esta a reflexão de (RIOS, 2008, p. 140):

A ‘normalização’ do privilégio faz com que membros da sociedade sejam avaliados do ponto de vista do mérito, precisamente conforme as características e padrões peculiares aos privilegiados. Daí resulta que muitos dos benefícios usufruídos por tais indivíduos e grupos não sejam identificados como privilégios e, ao contrário, passem a ser contabilizados como ‘mérito’: basta pensar nos critérios de admissão em escolas de elite, geralmente percebidos como fruto do mérito individual, ao passo que fortemente vinculados a pertinência dos indivíduos a certos grupos privilegiados.

4. O PROVIMENTO Nº 100/2020 – CNJ E SEUS EFEITOS SOBRE GRUPOS VULNERÁVEIS

O tabelião de notas é o oficial que intervém nos negócios jurídicos privados, com a “*fē pública*” atribuída pelo rei, e cujos documentos produzidos em decorrência de sua atividade são considerados públicos (SÁ NOGUEIRA, 2008). Esta era a definição da função tabelioa no Século XIII, em Portugal. Tirante a autoridade que lhe concede a competência para exercer sua função – não mais o voluntarismo real, mas agora o Estado –, nada foi alterado no cerne de suas atribuições desde as origens do mercantilismo português¹²⁶.

Como discutido no capítulo 3 deste trabalho, sua atuação ocorre principalmente por meio da escritura. Esta é o documento redigido por esse profissional, em cujo texto é formalizado o negócio jurídico entabulado entre particulares. Ela não representa um tipo de contrato específico, mas apenas uma exigência de forma para determinadas operações negociais serem válidas perante o ordenamento jurídico¹²⁷. Por este motivo, podem ser utilizadas para as mais variadas situações jurídicas para as quais se deseje dar publicidade, como declarações, ou contratos que poderiam ser facultativamente formalizados por instrumento particular.

Exatamente por ser, na essência, um acordo entre particulares, à escritura se aplica na íntegra a teoria geral das obrigações atualmente prevista no Livro I da Parte Especial do Código Civil. Nela inclusas todas as disposições gerais sobre contratos e cada uma de suas modalidades típicas. Mais ainda, por pertencer à órbita da autonomia negocial, a escritura sofreu os mesmos influxos ideológicos pelos quais passou o direito privado no decorrer dos tempos, principalmente quando do desenvolvimento do paradigma moderno.

Nesse aspecto, deve ser destacado o seu enquadramento sob duas óticas. A primeira é a sua aderência ao conceito de “*negócio jurídico*”, como expressão máxima da abstração da pandectística alemã (AMARAL, 1998), que veicula em si a forma mais pura do ideário liberal do Século XIX. A análise da construção histórica desse conceito permitirá um olhar renovado para o direito dos contratos contemporâneo, no qual os valores constitucionais passaram a

¹²⁶ No capítulo 3 deste trabalho encontra-se maior aprofundamento sobre a história do tabelião de notas e a ressignificação de suas funções na contemporaneidade.

¹²⁷ É o que ocorre, por exemplo, na hipótese do Art. 108 do Código Civil:

“Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

Esta é a situação mais conhecida da necessidade de escritura, mas o próprio Código Civil prevê outras hipóteses, como a instituição de fundação (art. 66), o contrato de constituição de renda (art. 807) e a constituição de direito de superfície (art. 1.369).

orientar todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, se tornará possível refazer o caminho histórico que pôs a pessoa humana em perspectiva, com suas vulnerabilidades e pertencimentos a grupos discriminados. A segunda parte se refere à escritura lavrada no meio digital, de acordo com autorização do Provimento CNJ 100/2020. Nesta, será estudada como a exacerbação do pensamento moderno, centrado na abstração extrema do indivíduo e em uma fé irrefletida na ciência, tida como o instrumento por excelência de emancipação da humanidade, pode levar a um agravamento de vulnerabilidades quando da lavratura desses negócios digitais. Para tanto, além do necessário aprofundamento na metodologia do direito civil constitucional, serão utilizadas ferramentas do direito da antidiscriminação para entender, sob sua perspectiva, a mecânica do funcionamento das modalidades de discriminação.

4.1 O SURGIMENTO DA PANDECTÍSTICA ALEMÃ E O CONCEITO DE “NEGÓCIO JURÍDICO”

A influência do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) alemão no Código Civil de 1916 foi reconhecida pelo próprio Clóvis Bevilacqua, ao defender seu projeto (BEVILAQUA, 1906)¹²⁸. Dele, o jurista brasileiro não apenas trouxe conceitos jurídicos, mas também sua filosofia, arquitetura e abstração. Características estas derivadas da pandectística alemã, cujo estado de desenvolvimento era reverenciado entre os juristas do mundo ocidental no final do Século XIX (WIEACKER, 2015).

Aquela corrente germânica teve raízes no “*Usus Modernus Pandectarum*”¹²⁹. Este, em termos gerais, pode ser caracterizado como o movimento de recepção crítica do direito romano, a partir do Século XVII, na leitura dos juristas alemães daquele período. Seu surgimento foi devido à constatação de que o direito efetivamente vigente na sociedade cada vez mais se distanciava do direito comum, baseado no Código de Justiniano, que era o ensinado nas universidades. Na formação desses juristas não havia espaço para os *iura própria* contidos nas

¹²⁸ Deve-se frisar que a influência do BGB no Código Civil de 1916 foi mesclada com diversos outros elementos, principalmente derivados do chamado “*privatismo doméstico*”, expressão cunhada por Orlando Gomes, como representante do intenso patriarcalismo presente no direito privado brasileiro (GOMES, 2006). Ressalta-se ainda que aquele pensador considerava o código civil de Bevilacqua como uma solução de compromisso entre o conservadorismo dos setores agrários voltados à exportação e a ideologia liberal.

¹²⁹ O *Digesto*, ou seja, a compilação do direito romano que chegou até a Idade Média, foi uma obra empreendida pelo Imperador Justiniano em meados do Século VI. Era um conjunto de textos de juristas romanos clássicos, também chamado *Pandectas*, advindo desse termo a origem do nome dos estudos dos juristas alemães. Essa obra, completada com alguns outros manuais e uma introdução, denominada *Institutas*, formou o “*Corpus Iuris Civilis*”. Boa parte do direito efetivamente praticado em Roma, todavia, não chegou até nós. A maior parte das obras dos juristas romanos ficou guardada nas grandes bibliotecas do Oriente, principalmente nas de Beirute, Alexandria e Constantinopla, sendo perdida após a conquista árabe dessas cidades (HESPANHA, 2019).

compilações régias. Ainda estudavam o direito romano reinterpretado pelos glosadores e pelos comentadores medievais (HESPANHA, 2019).

A metodologia do *Usus Modernus Pandectarum* consistia em avaliar caso a caso a recepção. Só seria admitida a vigência do direito romano, analisada norma a norma, se houvesse uma aplicação prática que a justificasse. Havia também a necessidade prévia da comprovação histórica de sua recepção prática. O surgimento dessa corrente precedeu a formação dos direitos nacionais, pois afastou a automática vigência do direito justinianeu. Este ainda continuava predominante entre os letrados, em outros domínios da Europa, mais ao sul do continente, principalmente nas penínsulas itálica e ibérica, onde foi desenvolvido o saber dos comentadores (HESPANHA, 2019). Nesses países, apenas mais tarde iniciou-se o afastamento do direito romano. Em Portugal, deve-se lembrar, somente durante o governo do Marquês de Pombal, na segunda metade do Século XVIII, foi providenciada a publicação da Lei da Boa Razão e foram reformados os Estatutos da Universidade de Coimbra. A partir desses eventos, como relatado anteriormente, iniciou-se o movimento de valorização do direito nacional português e a adoção do jusracionalismo jurídico, de acordo com o espírito iluminista que o antecederia.

Na Alemanha, algumas das principais características do *Usus Modernus*, ou seja, a valorização do direito nacional e o apreço pela história jurídica forneceram as bases da Escola Histórica Alemã, no Século XIX. Inicialmente antilegalista, pois acreditava que o direito seria encontrado entre os costumes do povo e no desenvolvimento da doutrina, ela nunca deixou de valorizar a dogmática. Friedrich Carl von Savigny, maior expoente e fundador dessa corrente, não queria prender o direito à tradição, mas desenvolver a ciência jurídica a partir de um passado que geraria frutos para o presente (HESPANHA, 2019). Sua resistência à codificação do direito, capitaneada por sua influência nessa escola, aliada à falta de unidade política da Alemanha, acabou por atrasar por décadas a confecção do código civil daquela nação (WIEACKER, 2015).

Apesar da inicial oposição ao legalismo dessa corrente, um dos ramos da Escola Histórica inclinou-se pelo formalismo. Suas bases se encontravam nos trabalhos de sistematização dos direitos germânico e romano nas universidades. Esta vertente, concentrada em uma construção sistemática, foi a *pandectística*, ou *jurisprudência dos conceitos* (*Begriffsjurisprudenz*). De acordo com ela, o jurista deveria desenvolver sua teoria a partir dos conceitos, não de forma abstrata, mas deduzidos a partir do direito positivo (HESPANHA, 2019).

*Positivismo científico*¹³⁰ foi a filosofia adotada por essa escola jurídica. O direito seria considerado um sistema fechado regulado por instituições e normas, sem influência alguma da realidade social. Por esse motivo, seria possível decidir sobre todas as situações da vida a partir de uma operação lógica que permitisse a subsunção do caso concreto à valoração de um princípio geral de caráter dogmático. Essa metodologia se baseava na crença de que um conceito jurídico não possuía apenas um valor semântico, mas seria também uma realidade direta; portanto, sua aplicação deveria conduzir necessariamente a uma decisão justa. Conceitos como os de que a propriedade é elástica, de que o direito de garantia é acessório e das próprias existências dos direitos subjetivos e das coisas geravam princípios eternamente válidos para essa corrente. Essa perspectiva jurídica se baseava na “*convicção, baseada no ideal científico do idealismo formal, de que a justeza lógica, do ponto de vista conceitual e sistemático de uma frase, fundamenta também a sua correção material*” (WIEACKER, 2015, p. 495)¹³¹

A implicação direta dessa teoria era a crença no *dogma da plenitude*. Afinal, pelo fato de o direito constituir-se em um sistema, a metodologia antevista pelo positivismo científico permitiria que os conceitos e suas conexões lógicas preenchessem todas as lacunas da lei positiva. No plano dos conceitos, era desenvolvido um trabalho de lógica de “*construção criadora*” no qual o produto seria uma sentença válida para todos os casos em abstrato. Ao juiz bastava apenas encontrar a subsunção lógica correta. Ao negar qualquer atividade de criação ao julgador, esta corrente corroborou a ideia já existente desde o Código Napoleão, do início dos Oitocentos, de que a codificação seria isenta de lacunas (WIEACKER, 2015).

A pandectística foi a principal influência do BGB (KELLY, 2018). A sistematização dos conceitos de direitos romano e germânico, aliada à filosofia do positivismo científico, que lhe era intrínseca, levou-o a uma linguagem técnica, rigorosa e abstrata. Sua clareza, coerência interna e disciplina conceitual, conjugada à tradição jurídica alemã, fizeram-no superar o Código Civil Francês na apreciação dos juristas da época. Todavia, ao contrário deste, não tinha como destinatário o povo comum, mas o juiz com formação universitária, pois padecia de uma “*falta de transparência e de uma geral compreensibilidade*” (WIEACKER, 2015, p. 547). Mas estas não foram as principais críticas realizadas àquele código.

¹³⁰ É relevante diferenciar essa modalidade de outras, como o positivismo legalista, que é aquele que resume o direito apenas às normas postas pelo legislador estatal; e o positivismo científico em geral, sistematizado como uma filosofia e, posteriormente, como uma religião, por Augusto Comte, que limitava o conhecimento à observação e sistematização de fatos, fossem eles físicos, sociais ou psicológicos (WIEACKER, 2015).

¹³¹ No campo das ciências naturais, poderia ser traçado um paralelo a partir de uma equação da física mecânica, por exemplo, como Força = massa * gravidade. A validade conceitual dela, comprovada a partir da abstração matemática e da observação dirigida, implicaria na sua automática validade no mundo material, para todas as situações concretas da vida.

Ao pretender ignorar a realidade social, a jurisprudência dos conceitos levou o direito a uma abstração extrema. Em termos históricos, caracterizou-se o BGB pelo individualismo, ao resgatar a ideia do indivíduo livre e autodeterminado do contrato social, já utilizada desde o jusracionalismo. Sua filosofia do positivismo científico, fundamentada na ideia de que o rigor formal do processo de decisão levaria necessariamente a um resultado material justo, marcaria definitivamente o saber jurídico moderno. Este formalismo conceitualista acarretou a crença de que o direito poderia ser axiologicamente neutro e independente da política. Afinal, se o direito se encontra em um plano próprio, abstrato, ele seria independente de quaisquer outros conhecimentos, fatos ou valores. Esta característica tornou-se importante legado da pandectística no pensamento jurídico contemporâneo. Por meio dela, acredita-se até hoje que o saber jurídico possa ser isolado de qualquer discussão política ou ideológica, restringindo-se a um plano estritamente formal de argumentação. Essa ideia de neutralidade do direito acabaria por favorecer projetos das mais variadas matizes políticas, como os da burguesia alemã na primeira metade do Século XX (HESPANHA, 2019).

Devido a sua pretensão à neutralidade, ao seu individualismo e a sua abstração, o BGB serviu de instrumento do liberalismo. Nele, a liberdade contratual é plena e a propriedade não tem limitações (CAENEGEM, 2000). Com efeito, ao tratar dos direitos obrigacionais e reais, aquele código renunciou a uma ética material dos contratos. Tratou todos os cidadãos que participavam dessa ordem jurídica como formalmente iguais, capazes de se responsabilizarem e de se comportarem racionalmente. No direito das sucessões, o testador tinha à sua disposição diversas maneiras de vincular as gerações posteriores de herdeiros a disposições patrimoniais, o que revelava seu caráter individualista e patriarcal (WIEACKER, 2015).

Essa apropriação da pandectística pela classe empresária foi mais direta do que os próprios positivistas científicos pensavam. O direito privado abstrato e sua autonomia privada se tornaram úteis à grande burguesia, à medida que possibilitaram o exercício do trabalho assalariado em condições extremas, em desfavor dos trabalhadores. Seus conceitos de direito subjetivo, liberdade contratual e propriedade absoluta acabaram por se tornar um instrumento da sociedade de classes burguesa (WIEACKER, 2015). De fato, de uma forma resumida, pode-se afirmar (WIEACKER, 2015, p. 528) que:

A imagem do direito dos códigos civis é a seguinte – uma sociedade unitária e igualitária, subordinada aos princípios da liberdade de propriedade e da liberdade contratual; na sociedade real do Século XIX, isto constituía essencialmente, a ordem jurídica particular dos pioneiros da nova sociedade do lucro surgida com a revolução industrial. Por isso, o direito dos outros grupos deveria ser excluído da codificação.

Um dos principais instrumentos de direito privado desenvolvidos pela pandectística foi o de negócio jurídico. Foi considerado o produto mais bem acabado de um sistema centrado na liberdade dos particulares. Inserido no BGB após os desenvolvimentos teóricos de Savigny, Windscheid e Dernburg, expoentes do pensamento jurídico alemão, tornou-se o paradigma típico da manifestação de vontade individual. O formidável esforço de abstração da teoria jurídica alemã permitiu seu uso para as mais variadas manifestações de autonomia privada. Em qualquer relação jurídica na qual for admitida a expressão da vontade como apta a criar efeitos jurídicos, haverá negócio jurídico. Como categoria lógica, abrange, com uma disciplina comum, os elementos essenciais das diversas expressões de vontade, como testamentos, promessas e contratos (AMARAL, 1998).

A filosofia do *cogito* cartesiana, que se constituiu em um dos fundamentos da Modernidade, embasa esse conceito¹³². Ao considerar o indivíduo um ente abstrato, acessível pela razão, Descartes despiu-o de qualquer adjetivo. Não possuía sexo, raça, idade, deficiência, nem pertencia a etnia ou classe social alguma. Por esse motivo, os indivíduos eram considerados todos iguais. Claramente essa isonomia é meramente formal, uma vez que a realidade demonstra que, a despeito de serem possíveis segmentações estatísticas, as diferenças em concreto dos sujeitos implicam em desigualdades materiais.

Consectário essencial de sua própria existência, na filosofia moderna, é a liberdade do indivíduo. Afinal, somente como detentor dessa característica ele poderá exercer sem amarras sua vontade. E é efetivamente o que ele faz ao constituir a sociedade por meio do contrato social. Este, em linhas gerais, é um acordo entre indivíduos, que manifestam livremente sua vontade para sair do estado de natureza. A sociedade civil assim constituída não será um outro ente, nem mudará o *status* de seus componentes. Ao contrário, ela será sempre formada por um conjunto de indivíduos autônomos (HESPANHA, 2019). Estes terão uma restrição maior ou menor de direitos, a depender das bases acordadas para o contrato, mas sempre objetivarão uma condição melhor do que a anterior.

Como desenvolvido anteriormente, a ideia do indivíduo detentor de uma vontade livre se encontra na base do pensamento jusracionalista, utilizado pela pandectística alemã. Essa construção abstrata fundamenta o pensamento iluminista e a teoria jurídica da Modernidade. O edifício teórico criado a partir de então foi extremamente útil à classe que ascendia sobre as ruínas do *Ancien Règime*. Atendia diretamente aos seus interesses, uma vez que estabelecia “*um*

¹³² Vide, no Capítulo 2 deste trabalho, as considerações sobre a contribuição de René Descartes para o paradigma da Modernidade, particularmente quanto ao desenvolvimento do individualismo.

direito geral e abstrato, aplicável a todos, sem distinções de classe. Vontade e liberdade dentro do processo social e do processo econômico, onde se reconhece a propriedade privada dos bens de produção e a circulação dos bens como processo de cooperação entre os indivíduos” (AMARAL, 1998, p. 356).

É nesse contexto que floresce o conceito de negócio jurídico, tido como “*um ato de vontade que visa a produzir efeitos jurídicos*” (MATTIETTO, 2002, p. 24)¹³³. Assim como o conceito de direito subjetivo, ele se baseia nos princípios da liberdade e da autonomia da vontade. É o reconhecimento, pelo direito, da declaração de vontade do indivíduo como apta a produzir efeitos, mormente na seara econômica. Esta origem está ligada a um momento histórico no qual se vivia a necessidade de privilegiar-se a circulação de mercadorias e serviços, diante do crescimento do comércio, da indústria e da necessidade de contratação de mão-de-obra. Por este motivo, deveriam ser eliminados quaisquer entraves que pudessem impedir a liberdade contratual. Era “*o princípio do laissez-faire, laissez-passer, que se completa com o laissez-contracter*” (AMARAL, 1998, p. 357). A incorporação desse conceito ao direito brasileiro obedeceu à mesma lógica abstrata e à matriz ideológica do BGB. Atendia à ótica liberal, que via no mercado o princípio orientador da ordem jurídica.

O conceito de negócio jurídico se materializa perfeitamente na teoria clássica do contrato. A abstração conceitual faz com que essa teoria seja cega para os detalhes em concreto. Não questiona quem compra ou quem vende, que coisa é comprada ou vendida, nem em que condições ocorre o contrato. Tudo é baseado no atomismo individual, no antagonismo entre as partes¹³⁴ e na pretensão de neutralidade do conteúdo, decorrentes de sua abordagem abstrata (NEGREIROS, 2006).

De fato, a crença, na leitura liberal do contrato, é a de que o próprio instrumento faria justiça entre as partes. A redução de todos os adjetivos das pessoas a uma mera isonomia formal equalizaria todos os contratantes em uma visão ideal na qual todos seriam proprietários, daí decorrendo o individualismo característico do direito moderno. É o que afirma (FACHIN, 2001, p. 55-56):

¹³³ É conhecido o embate entre a teoria objetivista e a subjetivista do negócio jurídico. Tradicionalmente, o direito positivo brasileiro se inclina para a segunda, como se pode concluir a partir do Artigo 112 do Código Civil vigente (Lei 10.406/2002):

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

¹³⁴ Em um contrato, de acordo com o modelo tradicional, os interesses das partes são considerados contrapostos. Não é considerada qualquer hipótese de solidariedade entre elas, uma vez que o insulamento do indivíduo moderno é pressuposto para essa teoria.

Generaliza-se, por conseguinte, a qualificação do sujeito jurídico como sujeito abstratamente proprietário. O que importa, aqui, é o fato de ser abstratamente livre e proprietário e, portanto, nessa abstração, os sujeitos são, também, formalmente iguais. É essa igualdade – ligada à propriedade abstrata, que é componente do individualismo – que torna possível a organização da sociedade como sociedade de proprietários supostamente livres e iguais.

A predominância dessa concepção é, em boa parte, devida ao momento no qual ela surgiu. No Século XIX, vivia-se a época de florescimento do liberalismo, com o sucesso das revoluções burguesas. O mercado sem amarras era a base do entendimento para toda a estrutura social, econômica e jurídica. O direito se tornou, então, um instrumento para facilitar essa visão de mundo. *“As markets became the dominant instrument for the production and allocation of wealth, the nineteenth-century conception of contract law created the tool by which these market relations could be understood and regulated”*¹³⁵ (COLLINS, 2008, p. 6).

Era clara a ausência do Estado nessas relações realizadas entre os indivíduos. Essa omissão, todavia, era uma forma de legitimar seu poder. Afinal, seu objetivo era o de garantir a liberdade individual, pois a crença era a de que todas as escolhas dos cidadãos deveriam ser livres. O próprio direito dos contratos é quem geraria as regras, escolhidas pela vontade sem limites dos particulares. Ao Estado caberia não intervir nessas relações, além de criar leis que estimulassem o livre-comércio, sem quaisquer regulações de mercado (COLLINS, 2008). Assim, de acordo com essa teoria, seria maximizado o crescimento econômico, e o próprio crescimento do país, ao garantir as livres escolhas dos indivíduos. Trata-se, como se percebe, do mesmo conceito de “governo mínimo” exposto por (FOUCAULT, 2021), como característico do Estado liberal. A racionalidade que nasce desse modelo faz com que a principal função estatal seja a de atender às necessidades do mercado, não às dos seus cidadãos (LAVAL, 2020).

4.2 O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E A PESSOA EM CONCRETO¹³⁶

Uma das principais consequências da visão tradicional trazida pelos códigos do Século XIX, e em nosso país representada pelo Código Civil de Bevilacqua, é a rígida divisão entre

¹³⁵ Em tradução livre: “Como os mercados se tornaram os instrumentos dominantes para produção e alocação de riqueza, a concepção de direito dos contratos do Século XIX criou a ferramenta pela qual essas relações mercantis podiam ser entendidas e reguladas”.

¹³⁶ Para este trabalho, será utilizada a expressão “pessoa em concreto” para referir-se àquela que sofre os efeitos das estruturas assimétricas de poder existentes na sociedade. Para ela, é possível o reconhecimento de vulnerabilidades e de privilégios que decorrem da própria existência humana. Seu sentido normalmente se opõe ao de indivíduo abstrato, que é o elemento fundamental do direito da Modernidade. Destaco que essa distinção não é costumeiramente utilizada pelos autores da área do direito, que usam indistintamente indivíduo e pessoa, como se ambos tivessem o mesmo significado. (FACHIN, 2001), dentre as fontes consultadas para esta pesquisa, foi o único autor que sistematicamente diferencia pessoa e indivíduo.

direito público e direito privado. A correção de eventuais desigualdades deveria ficar restrita à esfera pública, uma vez que o mundo dos particulares não teria instrumentos para tanto. Aliás, esta sequer seria sua preocupação, devido a sua visão restrita à isonomia formal dos contratantes. Promover justiça material estava totalmente fora da sua órbita de objetivos. Porém, as grandes questões que se punham eram as de que “*o fato de um contratante ser velho ou jovem, saudável ou doente, rico ou pobre, estar ou não empregado tem alguma relevância jurídico-contratual? Estas variantes sociais, enfim, pertinentes à concreta e real situação da pessoa do contratante, correspondem ou devem corresponder, a diferenciações jurídico-contratuais?*” (NEGREIROS, 2006, p. 312).

A resposta a estas questões passa pela superação do paradigma tradicional do contrato. É o que ocorre já a partir do final do Século XIX, quando começam a ocorrer mudanças que corroem as bases sociais e econômicas do Estado liberal. A acelerada industrialização e o elevado crescimento demográfico nas grandes cidades dos países centrais geraram multidões de pessoas que eram obrigadas a trabalhar em condições de total exploração. Extensas jornadas de trabalho, retribuídas com baixos salários, que acarretavam precárias condições de vida, motivaram levantes das classes populares. Essas tensões sociais não seriam resolvidas no campo ideológico do Estado liberal, uma vez que não se tratava de simples interesses contrapostos em uma relação entre particulares (FERNANDES, 2014).

O Estado necessitava mudar sua estrutura diante dessas novas demandas. Não poderia ser mais o Estado liberal, que era aquele que garantia a liberdade do indivíduo, com sua vontade soberana, para que as leis do mercado atuassem sem limites. Aliás, foi constatado que a obediência cega a essas regras poderia levar a injustiças materiais, ou pior, a revoluções sociais que questionassem o *status quo* vigente.

É nesse contexto histórico que surge o Estado de bem-estar social. Ao invés de se omitir diante das relações entre os indivíduos – na figura de simples fiador das liberdades negativas –, o Estado passa a intervir positivamente, para buscar garantir a igualdade material entre os particulares que contratam. Mais ainda, ele passa a atuar diretamente para reduzir a pobreza entre seus cidadãos por meio de suas políticas públicas. Surge um novo modelo de Constituição, que agora não mais apenas descreve passivamente a estrutura do Estado, mas que garante direitos sociais¹³⁷. Essa revolução no direito constitucional reverberou também no direito

¹³⁷ Exemplos pioneiros desse paradigma renovado podem ser encontrados na Constituição de Weimar, na Alemanha de 1919; e na Constituição Mexicana de 1917. Em todas elas, são reconhecidos os direitos fundamentais de segunda geração, para os quais há a exigência de uma postura ativa do Estado, o qual busca a realização material da igualdade entre seus cidadãos.

privado. Com efeito, a partir da Segunda Guerra Mundial, nos países centrais, passou a ser questionada a visão tradicional de que direito público e direito privado seriam pertencentes a universos completamente apartados¹³⁸.

O “*Leading Case*” que representou a nova forma de diálogo entre o direito público e o privado foi o “*caso Lüth*”. Sua relevância o fez ser considerado o mais importante julgado da história do Tribunal Constitucional Federal Alemão – TCF. Prolatado em janeiro de 1958, seu tema central consiste na questão de saber se os direitos fundamentais também teriam incidência nas relações entre particulares¹³⁹. O tema central trazido por Erich Lüth na sua reclamação constitucional¹⁴⁰ era a incidência da liberdade de expressão, um direito garantido na Constituição Alemã. Porém, o BGB, no caso concreto, baseado em uma cláusula geral dos bons costumes, vedava a divulgação do conteúdo de discursos por ele proferidos. As instâncias ordinárias condenaram Lüth, uma vez que, de acordo com aquela regra, ele causara danos a outrem com sua fala, que pregava o boicote a um filme. Dessa forma, deveria abster-se ou responder civilmente se continuasse com sua conduta considerada danosa. A tese defendida por Lüth perante o TCF era a de que ele não teria violado nenhuma disposição do BGB, pois se utilizara de sua liberdade de expressão. Daí, não seriam aplicáveis ao seu caso as regras da responsabilidade civil, pois sua conduta era lícita à luz do direito constitucional, que teria precedência sobre o direito civil. (RODRIGUES JÚNIOR, 2019).

A decisão do TCF para o caso concreto reconheceu que o ordenamento jurídico não é neutro. Ao contrário, existe efetivamente uma “ordem objetiva de valores” inscrita no texto constitucional. Esses valores, que são os próprios direitos fundamentais, vinculariam todos os

¹³⁸ De acordo com aquela ótica, o Código Civil seria a “bíblia do direito privado”, haja vista sua plena aplicabilidade às relações entre particulares, sem interferência de qualquer norma de ordem pública.

¹³⁹ Afinal, até aquele momento histórico, em toda questão referente a direitos fundamentais, o Estado estava obrigatoriamente em um dos polos. No caso dos direitos de primeira geração, a pessoa poderia exigir a abstenção estatal diante da ameaça de lesão a um direito; nos de segunda, era exigível a atuação positiva do Estado para garantir os direitos sociais.

¹⁴⁰ O caso Lüth ocorreu no pós-Segunda Guerra Mundial, na Alemanha, em uma sociedade que ainda vivia as cicatrizes deixadas pelo nazismo. Aquele regime se caracterizou pelo uso intenso da propaganda como meio de convencimento e o cinema era utilizado como um de seus instrumentos principais. Um desses cineastas que produziam filmes de propaganda nazista foi Veit Harlan, que produziu “*Jud Süß*”, o maior sucesso comercial do período nazista, e considerado uma das obras antissemitas mais violentas do cinema contemporâneo. Julgado após a guerra pela acusação de crime contra a humanidade, em 1949, foi absolvido por falta de provas e pela alegação de ter agido sob as ordens de Joseph Goebbels. Estimulado por sua vitória nos tribunais, voltou a produzir filmes. Seu filme “*Amada Imortal*”, de 1950, foi alvo de protestos ainda durante a produção. A película, quando posta em exibição, foi novamente alvo de ataques; alguns liderados por Erich Lüth, que, em seus discursos, lembrava do passado nazista de Harlan e estimulava o boicote ao filme. As empresas distribuidora e produtora do filme propuseram ação em 1950, com pedido cominatório, contra Lüth, com base em cláusula geral de bons costumes prevista no § 826 do BGB. Pediram que se abstinhasse de defender o boicote ao filme, sob pena de responder civilmente. As instâncias ordinárias condenaram Lüth, que recorreu ao TCF (RODRIGUES JÚNIOR, 2019).

poderes do Estado, internamente, e nas suas relações com os particulares. O direito privado, a seu turno, por ter suas regras pertencentes ao ordenamento, teria de se submeter também a essa ordem objetiva (RODRIGUES JÚNIOR, 2019).

As portas de entrada desses valores na órbita do direito civil devem permitir que a tábua axiológica da Constituição informe a ordem privada, mas sem que esta perca sua autonomia conceitual e metodológica. Nesse sentido, foi desenvolvida uma sistematização na forma pela qual a incidência do texto constitucional gera efeitos nas normativas privadas. (FERNANDES, 2014) destaca, sinteticamente, os três métodos: 1) os valores presentes na Constituição, portadores de uma eficácia irradiante, servem de orientação normativa quando da aplicação das regras ordinárias; 2) O conteúdo das cláusulas gerais, princípios e conceitos jurídicos indeterminados é preenchido por essa tábua axiológica, uma vez que o intérprete não poderia pretender buscar o significado delas a partir de sua própria realidade social; e 3) as normas da Constituição passam a ser consideradas como de eficácia direta e imediata também nas relações privadas.

A aplicação desses métodos ao caso Lüth fez com que o TCF decidisse que a ordem objetiva de valores inscrita na Constituição também seria aplicável ao direito privado, ou seja, às relações entre os particulares. Ao estabelecer essa premissa, concluiu que o alcance do direito à liberdade de expressão, como emanção direta da personalidade humana, não poderia ser restringido por uma lei ordinária (no caso, o BGB), ainda que de caráter geral. Baseou-se nesse raciocínio para arrematar que uma lei geral não poderia vedar que o ato da livre expressão produzisse efeitos de convencimento sobre outras pessoas. Afinal, seria impossível separar-se, no mundo fático, o ato de livremente expressar-se de um dos seus principais efeitos, que é o de gerar efeitos sobre terceiros¹⁴¹ (RODRIGUES JÚNIOR, 2019).

Os fundamentos da decisão do TCF inauguraram uma nova forma de interrelação entre o direito constitucional e o direito privado¹⁴². O reconhecimento da superioridade do texto da Constituição, dos valores nela inscritos e do seu poder de irradiação sobre todo o ordenamento jurídico marcaram o universo jurídico a partir de então. No direito brasileiro, esta visão ganhou força e novos contornos a partir da Constituição de 1988, uma vez que esse texto trouxe consigo uma nova ordem, que embasaria um novo entendimento para a ordem jurídica privada. É o que (TEPEDINO, 2001, p. 13) afirmou, ainda na vigência do Código Civil de 1916, ao discutir

¹⁴¹ Deve-se considerar, porém, que o exercício de nenhum direito, ainda que protegido constitucionalmente, é ilimitado. No caso concreto, há de ser realizada uma ponderação dos efeitos dos direitos fundamentais quando há colisão entre eles.

¹⁴² A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi expressamente reconhecida pelo STF quando do julgamento do RE 201.819-8, em 11/10/2005 (STF, 2005).

sobre a impossibilidade de convivência de sistemas legislativos isolados, ou seja, do universo privado totalmente divorciado do público:

Tal cenário, além de politicamente indesejável, não parece possível ser admitido diante da realidade constitucional, tendo em conta o cuidado do constituinte em definir princípios e valores bastante específicos no que concerne às relações de direito civil, particularmente quando trata da propriedade, dos direitos da personalidade, da política nacional das relações de consumo, da atividade econômica privada, da empresa e da família. Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição.

Indo além, aquele jurista (TEPEDINO, 2001) expressamente reconhece que a manutenção da unidade do ordenamento jurídico apenas será possível com o reconhecimento da posição de centralidade da Constituição. Ocorreria, em decorrência, a substituição dos valores outrora consagrados no Código Civil, pela tábua axiológica constitucional. É o que se intui diante de uma pretensa fragmentação do sistema jurídico privado¹⁴³, com a criação de microssistemas aparentemente isolados, como o do consumidor; o da criança e do adolescente; o do locatário; e, mais recentemente, o do idoso.

De fato, essa nova arquitetura epistêmica estabelece uma ordem hierárquica de valores, com efeito irradiante para todo o ordenamento. Seu centro está no princípio da dignidade da pessoa humana, como reconhecido na Constituição da República (art. 1º., inciso III) e em ampla jurisprudência da Corte Suprema e dos demais tribunais da federação (SARMENTO, 2020). Afinal, a dignidade se tornou um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental após a Segunda Grande Guerra, a ponto de se legitimar como principal fundamento e objetivo do constitucionalismo democrático¹⁴⁴ (BARROSO, 2020).

Na área do direito dos contratos, a dignidade da pessoa humana, aliada ao princípio da solidariedade social, também destacado no texto constitucional, deram espaço para ser considerada a igualdade substancial nas relações privadas. Esta é uma consequência da força normativa da Constituição e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que, de acordo com (TEPEDINO, 2021, p. 217), levam à conclusão de que: “*As relações jurídicas de direito privado devem ser interpretadas incorporando os valores, princípios e normas constitucionais, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da*

¹⁴³ Atualmente é considerado que cada um desses microssistemas legislativos dialoga também com o Código Civil, que ainda ocupa posição central no ordenamento privado. Nele estão presentes conceitos essenciais, como os de capacidade, família, contratos, entre outros.

¹⁴⁴ Apesar de ter reconhecida sua preponderância sobre todo o ordenamento, o princípio da dignidade da pessoa humana deve obrigatoriamente ser dotado de um conteúdo jurídico mínimo, diante da possibilidade concreta de sua utilização ser banalizada para quaisquer situações, sem esforço argumentativo algum. A aparente vagueza conceitual da expressão poderia ensejar um funcionamento “*como um espelho: cada um projeta a sua própria imagem, os seus valores e convicções*” (BARROSO, 2020, p. 245).

dignidade, princípio capaz de reformular o conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana.”

A pessoa em concreto é o principal interesse desse direito civil ao qual é aplicada a metodologia do direito civil constitucional. Esta é a análise dos conflitos abarcados na órbita das relações privadas mediante a aplicação direta das normas constitucionais. Dessa forma, o intérprete, por intermédio da aplicação valorativa dessas normas, hierarquicamente superiores, encontra a realidade social e transcende a mera subsunção do fato à norma. É assim que ele (MENEZES, CICCIO e RODRIGUES, 2021, p. IV):

“Na sua jornada hermenêutica que perquire sobre o merecimento de tutela aos diversos interesses acolhidos na unidade do sistema jurídico, deve buscar a realização dos valores fundamentais do ordenamento, em especial, os valores existenciais pertinentes à pessoa humana, vinculando-se não apenas ao mero respeito da lei, mas à realização da justiça no caso concreto, mediante uma argumentação bem elaborada, estruturada e coerente, apta a oferecer sólida fundamentação à sua decisão.

Nesse contexto é possível falar-se em repersonalização do direito civil. A pessoa humana assume o vértice do direito privado em substituição à exclusiva patrimonialidade que caracterizava o sistema clássico. Apenas por meio desse novo paradigma é possível enxergar verdadeiramente a pessoa em todas suas dimensões, até mesmo para constatar sua posição de excluída ou de não-reconhecida. Afinal, no direito privado oitocentista, o que existiam eram simplesmente indivíduos abstratos sem quaisquer características que os distinguissem uns dos outros (FACHIN, 2000).

A abordagem do direito privado clássico estava centrada no patrimônio do indivíduo. Longe de representar uma garantia à sobrevivência digna (como na previsão do correlato conceito de bem de família), o patrimônio era, na verdade, considerado mero instrumento de segurança para credores. Com efeito, *“tem-se no patrimônio do obrigado uma garantia genérica da satisfação do interesse do credor, no âmbito da seara contratual ou extracontratual. Isso porque o patrimônio do devedor responderá por todas as suas dívidas”* (FACHIN, 2001, p. 73). Esta visão clássica, apesar de novamente estar em voga, devido à ascensão do neoliberalismo, deve se submeter atualmente a uma perspectiva do direito civil constitucional, uma vez que a Constituição Federal de 1988 possibilitou uma quebra de paradigma que repersonalizou o direito privado. O ordenamento civil, ao invés de centrar-se no patrimônio de um indivíduo abstrato, supostamente racional, detentor de uma vontade livre para contrair obrigações, deve ser repensado para colocar a pessoa humana no ápice do sistema. Situações jurídicas existenciais, boa-fé objetiva e a dignidade da pessoa humana foram vetores que criaram um novo direito das obrigações (MATTIETTO, 2002).

É diante do afastamento do ideal do indivíduo abstrato que atualmente aparece o sujeito em concreto das relações jurídicas. Este não mais é um ser metafísico, sem vínculos históricos ou posição social, e sem qualquer pertença a grupo. Coerentemente, na nova ordem dos contratos (NEGREIROS, 2006, p. 5):

A realidade das relações interprivadas não mais se concilia com perspectivas segundo as quais o direito civil, que as regula, teria como objeto discriminante a disciplina de um indivíduo assim abstrato, partícipe de relações jurídicas axiomáticamente fundadas sobre uma igualdade jurídica meramente formal. Especialmente no campo do direito contratual, a coerência interna da lógica individualista é incapaz de resistir ao confronto com a realidade e com os problemas postos pelas tão manifestas quanto profundas desigualdades sociais.

Uma primeira aproximação no ordenamento jurídico nacional para a busca da isonomia material ocorreu no Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/1990). Naquele texto, buscou-se uma distinção do sujeito em concreto, pois reconheceu-se que um dos polos da relação contratual era substancialmente mais frágil do que o outro. Perceba-se que essa distinção foge completamente da lógica do contrato segundo a ótica liberal, que via as partes ocupando posições paritárias e equivalentes entre si.

É no CDC que é reconhecida expressamente a “*vulnerabilidade*” de um dos contratantes¹⁴⁵. Este conceito, inserido em um microssistema que tem por objetivo declarado a promoção de uma justiça material, desafia o paradigma moderno anterior. Este, na busca da facilitação do trânsito negocial, lastreava-se em um formalismo ficto que tinha na segurança das relações jurídicas seu principal objetivo. Com o CDC, porém, abre-se espaço para serem discutidas outras características além da disparidade decorrente da posição contratual. Passam também a ser consideradas, por exemplo, a idade, o gênero, a origem, a situação financeira e a saúde de pessoa em concreto (NEGREIROS, 2006).

A vulnerabilidade reconhecida no CDC decorre de uma presunção legal. Todavia, esse reconhecimento da posição contratual do consumidor é resultante de situações reais, vivenciadas por pessoas concretas. Traduz para a órbita legal a necessidade de protegê-las, diante da constatação de sua condição de inferioridade material. Com efeito, ao serem considerados os aspectos jurídicos, técnicos, socioeconômicos e informacionais do consumidor, a sua posição de subalternidade perante o fornecedor fica evidente (AQUINO JUNIOR, 2021). Ela seria adjetivada como “presumida” ou “estrutural”, de acordo com cada autor que cuida do

¹⁴⁵ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - Reconhecimento da **vulnerabilidade** do consumidor no mercado de consumo. (grifos meus)

tema¹⁴⁶, mas é, por sua natureza, uma ficção jurídica que inadmite prova em contrário. A tal ponto que não cabe ao julgador modular no caso concreto a proteção conferida pela lei, de acordo com a situação econômica do consumidor ou do fornecedor. Nesse sentido, “*a vulnerabilidade, sob o ponto de vista jurídico, é o reconhecimento pelo direito de que determinadas posições contratuais, nas quais se inserem as pessoas, são merecedoras de proteção. Não se confunde com a hipossuficiência, que é conceito eminentemente econômico ou conceito jurídico fundado na insuficiência das condições econômicas pessoais*” (LÔBO, 2021, p. 4).

Na verdade, o CDC, longe de ser apenas um microsistema do direito civil, foi a expressão de preceitos constitucionais mais amplos, ligados a uma lógica de justiça distributiva. Pensar o contrário implicaria em se ter um ordenamento composto de “leis-contratos”, decorrentes de compromissos setoriais. Seria a admissão da existência de estatutos com princípios contraditórios, que espelhariam os interesses de determinados setores econômicos, de uma sociedade altamente fragmentada. Nesse sentido, considerando-se a eficácia irradiante dos princípios da Constituição, (TEPEDINO, 2001, p. 211), conclui que:

O exame da cláusula contratual não poderá se limitar ao controle de ilicitude, à verificação da conformidade da avença às normas regulamentares expressas relacionadas à matéria. A atividade interpretativa deverá, para além do juízo de ilicitude, verificar se a atividade econômica privada atende concretamente aos valores constitucionais, só merecendo tutela jurídica quando a resposta for positiva. E tal critério se aplica não só às relações de consumo, mas aos negócios jurídicos em geral, ao exercício do direito de propriedade, às relações familiares e ao conjunto das relações do direito civil.

Realmente, a Constituição, ao irradiar sua hierarquia axiológica pela ordem jurídica, e ao colocar a pessoa humana no seu ápice, tutela de forma especial aqueles que encontram em condição de vulnerabilidade. Afinal, ao estabelecer uma ordem objetiva de valores, aquele texto colocou a dignidade humana como princípio capaz de assegurar unidade e consistência ao direito civil. Essa atenção especial atingirá o sujeito – agora não mais insulado, como o indivíduo autônomo da Modernidade – como membro de uma comunidade, em uma existência necessariamente solidária. É assim, nesse ambiente (BODIN DE MORAES, 2010, p. 26-27), que:

A vulnerabilidade da pessoa humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de

¹⁴⁶ (NEGREIROS, 2006) a denomina de “presumida”; e (LÔBO, 2021), a seu turno, a chama de “estrutural. Há, todavia, para todos os autores, o consenso de que se trata de uma ficção legal; ou seja, de situações abstratas nas quais o direito presume que, em certos tipos de contratos, um dos polos merece tutela jurídica diferenciada independentemente de sua real condição.

determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros.

O princípio constitucional da solidariedade (Art. 3º, I, da Constituição) visa acolher as pessoas em concreto para produzir a efetiva isonomia material entre elas. Nessa medida, ao partir da constatação de que todos possuem igual dignidade, a tutela deve ser concedida na medida das necessidades de cada pessoa. Justificando-se, a partir dessa premissa, a proteção diferenciada para os vulneráveis. O princípio da solidariedade é operacionalizado, portanto, mediante a produção de normas que tutelam as pessoas e grupos fragilizados, legitimando a atuação estatal positiva que reequilibra as relações nas quais eles participam (TEIXEIRA e MENEZES, 2021).

Ter conhecimento de que o sistema jurídico ampara os vulneráveis leva à necessidade de estabelecer um conteúdo mínimo que os defina. Se não em amplos termos jurídicos ou filosóficos¹⁴⁷, o que demandaria uma obra de fôlego destinada ao tema; que seja ao menos para o direito privado, ou simplesmente, para este trabalho. Afinal, são conhecidas as várias acepções que podem ser emprestadas ao conceito de vulnerabilidade. Há a reconhecida legalmente, de forma expressa, no direito consumerista, que busca equalizar a diferença material entre consumidor e fornecedor. Uma noção prévia do termo, porém, pode partir da própria condição da vida humana, o que leva à conclusão de que toda pessoa é vulnerável, pois é susceptível de sofrer danos ou carências concretas no decorrer de sua existência, devido a situações duradouras ou episódicas (SCHRAMM, 2008).

A utilidade desse conceito, entretanto, requer especificidade maior. Essa maior densidade pode ser encontrada a partir da constatação concreta de que, em um conjunto de seres humanos que se encontrem em situação idêntica, nem todos serão atingidos da mesma maneira por um determinado acontecimento. Existirão aqueles que, em função de características pessoais, terão maior susceptibilidade de serem feridos de alguma maneira, comparativamente

¹⁴⁷ É conhecida, por exemplo, a utilização do conceito de precariedade por Judith Butler, que tem um conteúdo próximo ao da vulnerabilidade ora enfocada. A filósofa, de fato, reconhece que todas as vidas humanas são precárias, uma vez que todas são finitas, ou seja, há uma condição precária inerente à própria existência. Ela vislumbra, ainda, uma precariedade politicamente induzida pelo Estado-nação, o qual escolhe as populações que devem viver, de acordo com o biopoder de Michel Foucault; e outras que serão abandonadas, vítimas da própria violência estatal, devido ao exercício do poder soberano (BUTLER, 2019). Outra aproximação da filósofa, dessa feita relacionada ao conceito de “*abjeção*”, é pertinente aos grupos de pessoas que “*não merecem luto*”, por serem ininteligíveis como humanas e, assim, estarem excluídas da condição humana, devido às normas de reconhecimento social (BUTLER, 2019).

aos outros. Por essa razão, embora os humanos sejam iguais, haverá pessoas ou grupos fragilizados por alguma característica ou circunstância que os faz serem atingidos de forma mais gravosa do que os demais da sociedade (BARBOZA, 2009).

Nesse sentido, características como gênero, raça, idade, deficiência, orientação sexual, etnia e origem são marcadores sociais que tendem a hierarquizar as pessoas. A partir deles, são motivadas práticas sociais discriminatórias que criam obstáculos maiores para os que pertencem àqueles grupos sociais (TEIXEIRA e MENEZES, 2021). Essas práticas, que assumem dimensões diferenciadas de acordo com a interseccionalidade desses fatores, levam à conclusão de que as vulnerabilidades tendem a se acentuar à medida que eles se entrelaçam. E, de fato (TEIXEIRA e MENEZES, 2021, p. VIII):

De forma jocosa, a velhice já foi comparada a uma mulher pobre e negra, como que afirmando-se o peso e a discriminação que recai sobre a pessoa idosa. Pior situação: a mulher idosa, negra e com deficiência. Nesses casos, fazem-se urgentes e necessárias ações positivas, fundadas no princípio da solidariedade, para eliminar discriminações e promover ações balanceadoras das situações jurídicas, mediante a distribuição de deveres jurídicos de maior abrangência voltados à supressão das vulnerabilidades.

Conquanto possam abarcar universos distintos, os grupos discriminados e os grupos vulneráveis possuem forte correlação entre si. Ambos têm alguma “*característica, transitória ou permanente, que impõe uma desigualdade grave se comparada com aqueles que não carregam essa particularidade*” (TEIXEIRA e MENEZES, 2021, p. VII).

Essa desigualdade material, que era invisível no direito privado clássico, ganha vulto em uma perspectiva de direito civil constitucional. Ela se reflete principalmente nas relações jurídicas intersubjetivas. No direito contratual, como visto, deixa de ser considerada automaticamente a absoluta paridade entre as partes, consagrada no conceito de negócio jurídico entre os civilistas brasileiros desde a pandectística alemã. O indivíduo abstrato moderno, que não tinha sexo, raça, posição social, idade ou origem, mas que era livre; portanto, dotado de vontade sem limites, cede agora espaço à pessoa em concreto. Esta pode ser uma pessoa vulnerável, por pertencer a um grupo historicamente discriminado, ou por sofrer a interseccionalidade de fatores que se entrelaçam na sua subalternização. Ao tornar-se perceptível para o direito sua condição de fragilidade, este, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, busca, com lastro no princípio da solidariedade, instrumentos jurídicos para reequilibrar a situação concreta, anteriormente assimétrica.

Nesse sentido, vale mencionar a reflexão de (HESPANHA, 2019, p. 344-345) sobre o direito do liberalismo e seu contraste com a realidade das pessoas. Aquele jurista português, ao comentar acerca do formalismo e do individualismo do direito da Modernidade, afirma que foi

deixado um “*legado incômodo, de cujo peso se tem vindo a ganhar progressivamente maior consciência*”, pois:

O indivíduo ou cidadão de que parte a construção voluntarista e contratualista é um ser abstrato, uma pura forma separada das situações concretas em que vive cada um dos membros das sociedades concretas. Assim, a igualdade ou a liberdade dos cidadãos são características formais, que não correspondem nem às hierarquias que realmente existem entre os homens e mulheres nas sociedades reais, nem aos seus efetivos poderes de decidir, cuja extensão, de facto, varia enormemente. Como se pressupõe como existente algo que na verdade não existe, pessoas diferentes são tratadas de forma igual. Como se postula que todos têm o mesmo poder social e a mesma liberdade de querer, não se vê que, na ordem dos factos, uns podem impor a outros a sua vontade e estabelecer, assim, uma ordem desigual e em que uns dominam os outros, sem que se prevejam meios de compensar esta desigualdade e de estabelecer uma regulação social justa (i.e., que trate desigualmente aquilo que é desigual). Todo o direito (e a política) modernos assentam neste sofisma originário – destinam-se a regular a vida concreta de cidadãos concretos, mas com base numa imagem abstrata de cidadãos abstratos. Pressupõe-se a autonomia da vontade de cada um e validam-se, a partir daí, os contratos (públicos ou particulares) realizados. No mundo real, porém, os contraentes não têm a mesma liberdade de querer, sofrem de constrangimentos diferentes, ou têm mesmo a capacidade de condicionar a vontade dos outros contraentes. Não obstante estas graves limitações à liberdade contratual, os contratos valem e impõem-se como se fossem ajustados e celebrados em toda a liberdade. Já no século XIX, um tribunal da Pensilvânia declarou que uma lei estadual de 1881, que impunha aos patrões certas obrigações relativas ao pagamento dos salários, era “*uma tentativa insultuosa de pôr um trabalhador sob a tutela do legislador, o que não apenas é degradante para a sua humanidade, mas subversivo dos seus direitos como cidadão dos Estados Unidos*”. Estas discrepâncias entre liberdade formal e liberdade material são muito visíveis em relações jurídicas em que as partes estão, normalmente, em posições de grande desequilíbrio – patrões e empregados, senhorios e inquilinos, produtores e consumidores –, sendo a igualdade entre os contraentes puramente formal.

4.3 O PROVIMENTO Nº 100/2020 – CNJ, A ABORDAGEM DA TEORIA CRÍTICA E OS HIPOSSUFICIENTES

O modelo clássico do direito dos contratos tem suas raízes no início do período Moderno, com o conceito abstrato dos indivíduos trazido pelo “cogito” cartesiano. Este filósofo francês, considerado o pai do racionalismo, foi um dos precursores do Iluminismo. De acordo com esse movimento, o homem, dotado de razão, com condições de dominar a natureza é o próprio sujeito moderno. De fato, os Iluministas, como Immanuel Kant privilegiaram essa racionalidade como o elemento emancipatório da humanidade. Em seu artigo “*O que é Esclarecimento?*”, (KANT, 2013) ratifica que apenas a razão, não mais as autoridades de quaisquer origens, é que poderá tirar o homem da menoridade.

É dessa época o divórcio da filosofia racionalista com a religião, o qual permitiu que esta fosse considerada um campo separado da cultura (HORKHEIMER, 2015). A consequência foi que a natureza deixou de ser tratada como uma força. Tornou-se apenas uma coisa. O

sacerdote, o mago, perdeu sua interlocução com a natureza, pois esta já não tinha mais poderes para proteger o homem. Era apenas algo a ser dominado, cujo comportamento seria previsto por meio de equações físico-matemáticas criadas pelo homem por meio da razão, de acordo com o método das ciências naturais privilegiado pelos iluministas, como Descartes (HESPANHA, 2019).

O saber científico, como fruto da razão, tornou-se um dos pilares da emancipação da humanidade. *Nova Atlântida*, sociedade utópica criada por Francis Bacon, cria um futuro dominado pela tecnologia, da qual resultaria a harmonia e o bem-estar entre todos. Nesse mundo, como a refletir o ideário do liberalismo nascente, o mais importante seriam as preocupações tecnológicas; questões econômicas e sociais dos cidadãos seriam irrelevantes (BACON, 1984).

Subjacente a essas ideias, está a crença de que a razão e o avanço tecnológico, por si sós, poderiam resolver os problemas da humanidade. Se hoje essa demanda soa otimista demais, dela restou a fé de que a ciência é neutra e indutora de um contínuo processo de libertação do homem das forças da natureza e da irracionalidade. Aliás, não por acaso, para (WEBER, 2000) o processo de *desencantamento do mundo* envolveria a superação das crendices metafísicas.

Essa perspectiva lastreia a crença moderna na ciência como instrumento de emancipação da humanidade. Apesar das tragédias ocasionadas pelo domínio da técnica, tida como único saber que traria a felicidade, ainda é predominante em determinados círculos a ideologia de que toda novidade tecnológica é intrinsecamente boa. Esta é uma questão filosófica considerada relevante (DUPAS, 2012, p. 104), o que leva a uma necessidade específica de pesquisa:

É preciso, pois, investigar como o *progresso* obtido pela evolução do conhecimento, entendido no sentido de um desenvolvimento significativo na *qualidade* de nossa civilização, acaba sendo aceito por amplos segmentos da sociedade como uma verdade. No conceito mais amplo de progresso, o esclarecimento livraria os homens do medo e os faria senhores: dissolveria os mitos e afirmaria a superioridade humana pelo saber e não pela imaginação.

(grifos do original)

Afinal, o advento de novas tecnologias está associado à ideia de progresso, de melhoria da condição de vida das pessoas. Essa percepção tornou-se praticamente um senso comum, a tal ponto que a chegada de uma nova técnica é normalmente saudada sem ressalvas, nem reflexões. Daí surge a necessidade de estudar as raízes da razão científica aplicada na Modernidade; de que forma ela construiu esses consensos, mas que, de outra forma, levaram a irracionalismos e alienações (HORKHEIMER, 2015).

É certo que o saber técnico traz avanços que beneficiam boa parte da humanidade. Há, porém, uma simplificação muito grande ao tomar essa parcela como o todo. Afinal, como em qualquer ato humano, determinada medida nunca é neutra; sempre há vencedores e

prejudicados. Essa ótica passou a ser eticamente admissível no contexto do neoliberalismo. “Basicamente porque o ponto de vista liberal clássico acha que desigualdade de renda pode ser aceitável se há ‘igualdade de oportunidades’” (DUPAS, 2012, p. 163). A grande questão surge quando aqueles com potencial de sofrer danos são grupos subalternizados, vulneráveis, ou seja, que pertencem a grupos historicamente subjugados na sociedade, e que dela e do Estado merecem proteção especial. Para a pessoa subalternizada, o novo pode redundar em perdas existenciais ou patrimoniais, ou mesmo em uma perpétua cidadania de segunda classe.

A situação torna-se crítica em situações nas quais participam atores responsáveis por políticas públicas. É aparentemente o caso dos operadores do extrajudicial na propositura e operação do Provimento nº 100/2020 – CNJ (CNJ, 2021), que trata dos atos notariais por videoconferência, como escrituras translativas de domínio de bem imóvel, testamentos e mandatos. Afinal, como será desenvolvido adiante, não se encontra entre as atribuições funcionais desses delegatários de serviço público a proteção de pessoas vulneráveis em uma relação contratual.

Esta parte de capítulo, portanto, é uma aplicação prática do desenvolvido nas divisões anteriores deste trabalho. Ou seja, procurará demonstrar como a permanência do paradigma da Modernidade influencia os operadores do sistema extrajudicial. A uma porque o direito contratual clássico lida com indivíduos abstratos formalmente iguais e este é o único modelo aferível para esses profissionais. A duas porque a promessa da Modernidade, na fé do sujeito moderno, detentor da razão, como agente de sua própria emancipação, pode levar a um agravamento de vulnerabilidades na realidade concreta. Principalmente diante do pressuposto de nem todo avanço científico é bom se ele não é inclusivo.

Em breve sumário, o Provimento nº 100/2020 – CNJ dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos com a utilização da plataforma *e-Notariado*. Sua edição foi justificada com base na competência constitucional do Poder Judiciário de fiscalizar os serviços extrajudiciais. Na prática, criou-se a possibilidade de qualquer escritura pública ser lavrada de modo remoto¹⁴⁸, desde que os participantes do ato acessem aquela plataforma¹⁴⁹. Nela estará disponível a versão eletrônica do ato notarial que será lavrado. Naquele ambiente virtual, com a interveniência do tabelião de notas, os participantes manifestarão sua concordância com os termos essenciais do

¹⁴⁸ As escrituras públicas podem ser utilizadas para todos os atos ou negócios jurídicos nos quais há manifestação de vontade, seja unilateral, como procuração, renúncia ou quaisquer tipos de declaração; ou bilateral, como doação, compra e venda, entre outros. Há também a ata notarial e o testamento, que poderiam ser realizados de acordo com o Provimento CNJ 100/2020; porém, com obediência às suas regras específicas.

¹⁴⁹ Essa plataforma é mantida pelo Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal, CNB-CF, sem ônus para o CNJ, ou outra entidade do Poder Público, de acordo com o art. 5º. daquele Provimento.

negócio jurídico, por meio de videoconferência, que ficará gravada, e cada um deles o assinará digitalmente¹⁵⁰.

O Provimento nº 100/2020 – CNJ, de 26/05/2020, merece preliminarmente uma análise sob a perspectiva da tradição filosófica da Teoria Crítica¹⁵¹. Ou seja, ele pode ser considerado um grande avanço técnico; porém, não deve ser aceito de forma acrítica (ADORNO e HORKHEIMER, 1985). Respeitadas regras de competência administrativa e requisitos prévios estabelecidos naquela norma, usuários de tabelionatos podem formalizar negócios jurídicos de qualquer lugar do país, ou mesmo do exterior. Além do avanço tecnológico, deve-se mencionar a comodidade trazida ao cliente, pois o deslocamento físico até as dependências do cartório para a outorga do ato notarial tornou-se desnecessário.

Deve-se ressaltar ainda o contexto da edição do Provimento nº 100/2020 – CNJ. Ele foi editado durante a pandemia de COVID-19¹⁵², em um momento no qual ainda inexistiam vacinas e um dos poucos métodos disponíveis de combate à doença era o *distanciamento social*. Portanto, essa normativa veio ao encontro dos esforços de enfrentamento daquela moléstia; e procurou manter o tráfego dos negócios jurídicos, cuja necessidade não desapareceu durante a pandemia.

O avanço trazido pela nova tecnologia do *e-notariado* parece aprioristicamente ser perfeito. Não haveria, assim, necessidade de qualquer correção a ser adotada, exceto no momento de sua implementação, ou seja, apenas bastariam meros ajustes locais de tecnologia. Seriam suficientes o aprendizado e o treinamento dos trabalhadores, a aquisição de equipamentos mencionados no provimento, algumas mudanças de mentalidade nos funcionários e adaptações de estrutura, e cada tabelionato de notas estaria apto, de acordo com as normativas veiculadas pelo Provimento nº 100/2020 – CNJ.

Entretanto, certamente uma mudança de paradigma muito grande ocorreria. Usuários seriam atendidos à distância, sem nenhum contato próximo, assinariam por meio de certificados digitais e atos notariais seriam praticados por videoconferência. Entre as justificativas da emissão daquele provimento, pelo CNJ, não foi mencionado qualquer questionamento sobre se

¹⁵⁰ Poderá ser utilizado qualquer certificado digital com raiz ICP-Brasil, de acordo com a Medida-Provisória 2200-2/2001; ou o certificado digital notariado, emitido pelo tabelião, em conformidade com o Provimento CNJ 100/2020.

¹⁵¹ A grande lição que a Teoria Crítica nos deixa é que as ciências e as tecnologias devem ser vistas como grandes avanços que realmente o são. Curam doenças, encurtam distâncias, aumentam a duração das vidas e podem diminuir a fome. Porém, não devem ser aceitas sem qualquer ponderação de seus efeitos.

¹⁵² Da expressão inglesa “*Coronavirus Disease 2019*”.

o ambiente virtual traria as similaridades do físico, nem se o público atendido continuaria a ser o mesmo.

É aí que reside a necessidade de reflexão acerca do impacto das novas tecnologias sobre a vida das pessoas. No ambiente digital, veiculado pela Rede Mundial de Computadores – Internet, vulnerabilidades não são apenas mantidas, mas aprofundadas. Pessoas lidam em um universo que não é o seu natural; portanto, muitas vezes não são capazes de entender todos os meandros desse espaço que as envolve (AQUINO JUNIOR, 2021). Afinal, ao contrário de acessórios de computador, seres humanos não são simplesmente equipamentos “*plug-and-play*”. Têm reações diferentes de acordo com sua realidade social, com o grupo ao qual pertencem e, muitas vezes, vulnerabilidades podem ser acentuadas.

Deve-se ressaltar que o Provimento nº 100/2020 – CNJ é uma norma aparentemente neutra¹⁵³ sob a perspectiva do direito da antidiscriminação (RIOS, 2008). Sob o foco que nos interessa, busca permitir a prática de atos notariais eletrônicos à distância, acessíveis a qualquer pessoa, sem nenhuma distinção. Sua tese central é a de que qualquer usuário que pretenda praticar um ato notarial físico em um tabelionato de notas possa praticar o mesmo, com idênticos efeitos jurídicos, no meio virtual.

De fato, a análise de seu conjunto não revela viés discriminatório. Em um primeiro exame, não aparenta favorecer ou prejudicar populações específicas. Mas a prática pode se revelar mais complexa e determinados grupos tendem a ser excluídos ou extremamente prejudicados por essa norma.

A lavratura de atos notariais eletrônicos à distância, de início, já se revela uma quase impossibilidade para as classes menos favorecidas. Ainda que o certificado notariado seja fornecido gratuitamente¹⁵⁴, o que dispensaria o gasto com um certificado digital raiz ICP-Brasil, há a necessidade de utilização de um computador com câmera digital, de um “*smartphone*” e de acesso à Internet. Há que se considerar que o acesso à rede e a esse aparato tecnológico chega a ser muitas vezes impensável para quem vive em insegurança alimentar grave, como estão 15,0% da nossa população (FGV-IBRE, 2021). Deve ser lembrado ainda que uma das principais razões do atraso escolar do ano de 2020, no ensino público fundamental, foi justamente a falta de acesso à Internet nas comunidades populares (SÃO PAULO (ESTADO), 2021).

¹⁵³ Diz-se que uma norma é neutra “quando trata as pessoas de forma igual: ela é dirigida à generalidade dos indivíduos. Não há a presença clara de uma forma de discrimen que possa caracterizar uma motivação negativa” (MOREIRA, 2017, p. 103).

¹⁵⁴ §4º do art. 9º do Provimento nº 100/2020 – CNJ.

Diante desses dados, verifica-se que a lavratura de atos notariais por videoconferência é praticamente inacessível para as camadas menos favorecidas de nossa população. Assim, apenas restaria a essas pessoas ir fisicamente ao cartório de notas mais próximo da residência, pois elas estariam virtualmente excluídas dessa política.

A situação de extrema necessidade dessas pessoas foi confirmada na Pesquisa TIC Domicílios 2020. Enquanto a totalidade dos domicílios de renda alta tem acesso à Internet, 36% dos lares de pessoas pertencentes às classes D e E não o possuem; e destes, 68% não o tem devido ao preço pago pelo serviço. Outro aspecto a ser destacado é o crescimento da relevância do uso da conexão via celular à medida que a renda familiar cai (CETIC.BR, 2021). Essa parcela da população (AQUINO JUNIOR, 2021, p. 55) estaria imersa no conjunto do “*analfabetismo digital, decorrente da exclusão de pessoas do mundo virtual, consubstanciando um novo tipo de excluído, que não tem acesso ao variado leque de oportunidades que a internet oferece. ‘Aqueles que não tiverem existência virtual dificilmente sobreviverão também no mundo real, e esse talvez seja um dos aspectos mais aterradores dos novos tempos’*”.

Deve-se considerar que os atos notariais são cobrados de acordo com a tabela de emolumentos de cada estado da federação¹⁵⁵. Não há previsão de cobrança adicional para a prática de atos por meio do Provimento nº 100/2020 – CNJ¹⁵⁶. Há custos envolvidos, de manutenção do sistema, o qual é mantido pelo Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal. Porém, eles poderão ser ressarcidos pelos titulares, interinos e interventores das serventias extrajudiciais, à medida que utilizarem a plataforma¹⁵⁷.

Conclui-se que, por não representar nenhum custo adicional ao usuário, a lavratura de atos notariais eletrônicos à distância é uma comodidade posta à disposição dele. É uma ferramenta útil, e por vezes extremamente necessária, como o foi nos períodos mais agudos da pandemia de COVID-19. Ou mesmo para pessoas hipossuficientes com dificuldades de locomoção ou com moléstias contagiosas.

Todavia, pessoas pertencentes às camadas populares, exatamente as mais vulnerabilizadas economicamente, podem não ter oportunidade de utilizar esse instrumento.

¹⁵⁵ Os emolumentos cobrados pelas serventias extrajudiciais têm natureza jurídica de taxa, sendo fixados à semelhança das custas judiciais estaduais. Nesse sentido, há ampla jurisprudência do STF, dentre a qual deve ser destacado o voto do Ministro Celso de Mello, Relator da ADI 1.378 MC/ES, julgada em 30/11/1995 (STF, 1995).

¹⁵⁶ Não há previsão de cobrança adicional de emolumentos pelo simples fato de o ato ser realizado pela plataforma do e-notariado, no Estado de São Paulo, de acordo com a lei estadual 11.331/2002, que aprovou as tabelas de emolumentos para tabelionato de notas (TJSP, 2002). Uma escritura de compra e venda realizada por meio de videoconferência terá a mesma cobrança para o usuário, como se fosse realizada fisicamente.

¹⁵⁷ Art. 8º e respectivos parágrafos do Provimento nº 100/2020 – CNJ.

devido ao fenômeno da exclusão digital, que, como demonstrado, atinge mais duramente os hipossuficientes. Estes, quando solicitam a confecção de uma procuração para fins previdenciários¹⁵⁸, quando são partícipes de qualquer instrumento público, provavelmente estarão restritos à modalidade tradicional da escritura física. A solução mais provável é que elas devem se deslocar até as instalações do tabelionato. Em tempos normais, já não seria aceitável, dada a exclusão jurídica indevida sofrida por essas pessoas; em época de pandemia, diante das necessidades de isolamento social, a situação se tornou mais trágica ainda.

Não há argumento jurídico que justifique essa falta de isonomia como resultado derradeiro. Afinal, ninguém previu que o simples fato de alguém pertencer a uma classe menos favorecida deveria redundar em um tratamento diferente, ou mesmo na mera exclusão quando da aplicação do Provimento nº 100/2020 – CNJ. Afinal, apesar de prestados em caráter privado, os serviços extrajudiciais são públicos (WATANABE, CAIRES e NALINI, 2021, p. 103):

Exatamente por existir o interesse público, a atividade refoge do campo das simples dimensões particulares. Estivéssemos apenas no domínio do Direito Privado, jamais seria possível o exercício de uma atividade como a notarial ou a registral. Esse é um ramo do direito no qual é pressuposta a igualdade jurídica entre as partes. Assim, no exercício de uma função puramente privada, não seria cabível que um particular tivesse a possibilidade de, sistematicamente, determinar quais documentos, atos ou fatos mereceriam qualificação jurídica diferenciada nos moldes da atividade extrajudicial. Se fosse permitida essa distorção, a consequência seria a total quebra da isonomia que deve permear as relações típicas de direito privado.

4.4 O PROVIMENTO Nº 100/2020 – CNJ E OS IDOSOS COMO GRUPO VULNERÁVEL

A população idosa foi uma das que sofreu um efeito desproporcional quando da aplicação do provimento. Se a exclusão das camadas populares por motivos econômicos poderia ser de alguma forma prevista, dadas as enormes disparidades do país, o impacto sofrido pelos idosos seria, a princípio, totalmente inesperado¹⁵⁹, como ficará demonstrado ao final deste texto.

Os idosos são uma população constitucionalmente protegida¹⁶⁰. Para concretizar essas salvaguardas, a legislação ordinária projetou políticas públicas que visam garantir sua autonomia, não-discriminação e participação na sociedade¹⁶¹. O Estado também lhes

¹⁵⁸ De acordo com a Lei paulista 11.331/2002, há isenção de emolumentos nas procurações públicas com finalidades previdenciárias (TJSP, 2002). A Lei federal 14.199/2021 acrescentou o art. 68-A à Lei de Custeio da Previdência Social (Lei 8.212/1991) e ampliou essa gratuidade para todo o país.

¹⁵⁹ O conceito de “impacto desproporcional” aqui utilizado remete propositalmente ao conceito de “*disparate impact*”, reconhecido no direito norte-americano desde o célebre *case “Griggs v. Duke Power Co.”*, julgado em 1971 pela Suprema Corte daquele país (BREST, LEVINSON e BALKIN, 2018).

¹⁶⁰ Art. 230 da Constituição Federal.

¹⁶¹ Art. 3º da Lei 8.842/1994.

reconheceu direitos e garantiu-lhes medidas que possibilitaram melhores condições de vida¹⁶². Não restam dúvidas que esse acolhimento estatal veio em resposta ao desamparo em que sempre viveu boa parte dos idosos brasileiros. Por esse motivo, o “cuidado”, como conceito objetivo capaz de gerar responsabilização civil, acabou por ser incorporado ao direito nacional como subprincípio da dignidade da pessoa humana. A tal ponto de, atualmente, o conceito de abandono afetivo “*ser empregado quando a vítima é a mãe ou o pai idoso, considerando que, se os pais possuem o dever de cuidar dos filhos, os filhos também possuem tal dever quando os pais estiverem em situação especial de vulnerabilidade pelo avançar da idade*” (PEREIRA e LEAL, 2021). Trata-se do “abandono afetivo inverso”, que é aquele no qual os descendentes abandonam o ascendente necessitado, vitimizado pelas consequências materiais e biológicas decorrentes da idade.

Realmente, os anos podem trazer consigo o desaparecimento de uma rede de solidariedade, decorrente do afastamento de amigos, de colegas de trabalho, além da natural tendência ao isolamento decorrente da idade. Em consequência, há um risco aumentado de desenvolvimento da depressão (BICALHO e AL, 2019). A solidão, cumulada com o abandono, com o rompimento de laços afetivos duradouros (MADALENO, 2021, p. 400) é a oportunidade na qual:

Pessoas inescrupulosas, mal-intencionadas ou ambiciosas, facilmente se aproximam de idosos, que por vezes são relegados por seus familiares, ou deles posteriormente afastados e, mostrando-se presentes, carinhosas, solícitas e atenciosas, buscam adquirir a confiança do idoso e assim agem apenas na busca do seu interesse pessoal, recolhendo em seu benefício próprio os recursos do idoso e se acercando de poderem se apossar por diferentes expedientes formais ou informais dos bens do idoso.

Para atingirem seu objetivo, essas pessoas se utilizam de diversos artifícios jurídicos, todos visando o interesse meramente pecuniário e patrimonial. Desde falsos namoros, que engendram contratos simulados de união estável com data retroativa, até doações ou testamentos nos quais o idoso, induzido ou coagido, dispõe da totalidade de seu patrimônio. Tudo pode servir para apropriação “*das riquezas e economias construídas durante a longa vida do idoso*” (MADALENO, 2021, p. 400). Trata-se de autêntica violência patrimonial contra uma pessoa vulnerável. Nesta situação, conhecida como “alienação parental inversa”, a vítima é levada a pensar que o estelionatário é a única pessoa que lhe dedica atenção e que busca seu convívio, em detrimento das demais, afastadas propositalmente pelo alienador. Em

¹⁶² Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

consequência, o idoso lhe entrega benefícios patrimoniais, com a exclusão de parentes e antigos amigos.

Outro exemplo de violência é a decisão familiar que se substitui à vontade do idoso. Certos grupos familiares se acham no direito de deliberar sobre todos os assuntos da vida do idoso, como se ele não existisse ou não tivesse autonomia. Assim, resolvem dos bens deste o que julgam ser melhor, ou mais adequado aos seus próprios interesses. Ora, a proteção ao idoso é justificada com base no “Princípio do Melhor Interesse”, que é plenamente aplicável à proteção integral da criança e do adolescente. Mas esse princípio tem um contorno diferente para o idoso (TEIXEIRA e MENEZES, 2021). Apesar de eventuais dificuldades que possa enfrentar, em função da idade, o idoso tem uma personalidade totalmente formada e sua autonomia deve ser respeitada. Não podem terceiros, por qualquer motivo que seja, magnânimo ou egoístico, substituir sua vontade pelas próprias. Afinal, *“a aplicação do princípio do melhor interesse na solução de conflitos que envolvam a pessoa idosa não pode conduzir a escolhas heterônomas descomprometidas com a vontade do interessado. (...) Disso resulta que a vontade e a preferência da pessoa idosa devem ser respeitadas mesmo quando se achar em estágio de comprometimento grave da capacidade cognitiva”* (TEIXEIRA e MENEZES, 2021, p. 364-365).

Se é certo que historicamente sempre houve tentativas de violência patrimonial contra populações vulneráveis, os tempos de pandemia extremaram essa tendência. Atenta a esse movimento, a Corregedoria Nacional de Justiça emitiu a Recomendação nº 46, de 22/06/2020, que, considerando a vulnerabilidade da pessoa idosa, decidiu:

Art. 1º. RECOMENDAR aos serviços notariais e de registro do Brasil, a adoção de medidas preventivas para a coibir a prática de abusos contra pessoas idosas, especialmente vulneráveis no período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), realizando diligências se entenderem necessário, a fim de evitar violência patrimonial ou financeira nos seguintes casos:

I- antecipação de herança;

II- movimentação indevida de contas bancárias;

III- venda de imóveis;

IV- tomada ilegal;

V- mau uso ou ocultação de fundos, bens ou ativos; e

VI- qualquer outra hipótese relacionada à exploração inapropriada ou ilegal de recursos financeiros e patrimoniais sem o devido consentimento do idoso.

Art. 2º Havendo indícios de qualquer tipo de violência contra idosos nos atos a serem praticados perante notários e registradores, o fato deverá ser comunicado imediatamente ao Conselho Municipal do Idoso, Defensoria Pública, Polícia Civil ou Ministério Público.

Art. 3º Esta recomendação entra em vigor na data de sua publicação e terá validade até 31 de dezembro de 2020, podendo sua validade ser prorrogada ou reduzida por ato do Corregedor Nacional de Justiça, enquanto subsistir a situação excepcional que levou à sua edição.

(CNJ, 2020)

Posteriormente, foi editada a Recomendação CNJ nº 47, de 17/03/2021 (CNJ, 2021), que tornou perenes os efeitos da Recomendação nº 46/2020 – CNJ. Afinal, aquele órgão do Poder Judiciário concluiu que a condição de vulnerabilidade patrimonial do idoso perduraria independentemente da pandemia.

Porém, o paradigma da igualdade entre as partes do contrato ainda está presente no ideário de boa parte dos operadores do direito, como herança dos códigos oitocentistas¹⁶³. A suposta plena autonomia das vontades, desconsiderando vulnerabilidades e assimetrias, com a ficção jurídica de que todos os acordos são paritários, é um dos elementos basilares do direito contratual clássico.

Teoricamente, ainda é este o modelo praticado em tabelionato, excetuando-se a proteção à vulnerabilidade capacitiva^{164 165}. Nesse ponto, deve ser recordado o desenvolvimento histórico descrito no Capítulo 3 deste trabalho, no qual se demonstrou que a arquitetura jurídica da função pública do tabelião de notas permaneceu praticamente inalterada desde seu surgimento, no Século XIII, em Portugal, até a contemporaneidade. Sua competência, de intervir em contratos particulares para conferir-lhes “fé pública”, com o fito de assegurar-lhes “segurança jurídica”, permanece inalterada até hoje. Entretanto, a despeito das contradições internas mencionadas naquele Capítulo, buscou sua resignificação para adaptar-se ao discurso neoliberal, que repete o consenso centrado no mercado do liberalismo.

Isto porque a atuação do notário é guiada pelo discurso da sua imparcialidade¹⁶⁶ perante as partes que comparecem para a lavratura de uma escritura. Trata-se de princípio basilar para o exercício de sua função. Vigente desde a criação dos tabelionatos, adequou-se perfeitamente aos preceitos do direito da Modernidade. Afinal, no cenário do individualismo, os contratantes são despidos de suas eventuais vulnerabilidades e privilégios. São desconsideradas suas características concretas, sendo reduzidos somente a uma abstração individual e insular. Há o reconhecimento de que (COMASSETTO, 2002, p. 64):

¹⁶³ Há ainda de ser mencionada a crescente influência ideológica do neoliberalismo, cujo efeito legislativo se fez perceber recentemente na já comentada mudança de redação do Art. 421, e no acréscimo do Art. 421-A, ambos do Código Civil.

¹⁶⁴ Há procedimentos específicos para pessoas com deficiência. A maioria já prevista no Código Civil, como o testamento do cego ou do surdo.

¹⁶⁵ A proteção a outras populações vulneráveis se restringe às condições de acessibilidade na serventia e à preferência no atendimento (TJSP, 2021).

¹⁶⁶ Perceba-se que o discurso da imparcialidade, ou indo além, da neutralidade, é o utilizado pela Modernidade para caracterizar suas intervenções. Basta recordar, como anteriormente descrito, o autoafirmado caráter “neutro” e “imparcial” da ciência e do desenvolvimento tecnológico como vetores do “progresso”.

A função notarial apresenta da mesma forma um caráter imparcial, uma vez que ao tabelião compete dirigir imparcialmente os indivíduos na busca regular de seus direitos subjetivos privados. Exerce uma verdadeira magistratura precatória, espontaneamente requerida pelos interessados. Sendo assim, deve proteger de forma igualitária as partes, prestando-lhes explicações imparciais e oportunas. No exercício de sua profissão deve praticar seu serviço com a mesma qualidade e lealdade para os seus clientes habituais como para os eventuais, jamais esquecendo que o tabelião é o “tabelião das partes”.

Este discurso de imparcialidade do notário teve perfeita aderência ao prevalente no direito da Modernidade. Com efeito, deve-se lembrar que, no final do Século XIX, de acordo com o paradigma clássico, a justiça contratual era restrita aos limites do acordado entre as partes. O essencial era que as vontades manifestadas fossem livres e desimpedidas, para garantir a obrigatoriedade do pactuado. Para tanto, deveria ser privilegiada “*a escrupulosa imparcialidade que deve o tabellião guardar em seus conselhos*”. Afinal, “*O tabellião, sem vínculos com os que o procuram, expõe, com toda a pureza e integridade, os prós e os precalços do ajuste e ensina as partes a tomar a via mais justa. Redige a lei que deve ser cumprida pelos contractantes e em todo o paiz respeitada emquanto não fôr pronunciada sua nulidade*” (MACHADO, 1904, p. 21-22).

Àquela época, como atualmente, a função de tabelião não era exclusiva de bacharel em direito¹⁶⁷. Os inconvenientes dessa situação eram manifestos, a tal ponto que, em Sessão do Senado do Império de 22/04/1873, o Senador Figueira de Mello (SENADO IMPERIAL, 1873, p. 143) alertou para a necessidade de que, ao menos nos grandes centros, não fossem mais admitidos tabeliães que não tivessem formação jurídica:

No que respeita ao Imperio entendi que devíamos estabelecer que nas grandes cidades não fossem empregados como tabelliães senão bachareis formados. Pareceu-me que esta medida era de grande conveniencia publica, porque os homens que são chamados a exercer o officio de tabelliães devem saber um pouco de direito a respeito dos contratos e dos testamentos, e da natureza essencial de todos estes actos..

A consequência dessa falta de conhecimentos na área do direito impactava diretamente aquele que vinha buscar os serviços do tabelião, pois, segundo o parlamentar: “*porque a pratica dos julgamentos me tem feito conhecer, que muitas demandas se suscitam e muitos direitos se perdem, em razão da ignorancia dos tabelliães*” (SENADO IMPERIAL, 1873, p. 144). Mesmo assim, diante de uma suposta escolha entre o conhecimento jurídico e a imparcialidade para o

¹⁶⁷ A Lei 8.935/1994, no seu art. 15, § 2º, teoricamente permite o ingresso na titularidade dos serviços extrajudiciais de pessoas que tenham qualquer nível de instrução; até mesmo o básico, uma vez que admite a participação, no concurso de admissão, de “*candidatos não bacharéis em direito que tenham completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro*”, sem especificar grau de instrução mínimo.

exercício da função, entendia-se mais adequada a segunda. Afinal acreditava-se que, devido à sua alegada imparcialidade, *“está o tabellião mais na razão de guiar o publico que o proprio advogado. Por via de regra o advogado prende-se a um dos contendores. Em execução á seu contracto, elle obra mais no interesse de seu constituinte que no da justiça serena e angélica”* (MACHADO, 1904, p. 22).

A persistência nesse paradigma elevou a imparcialidade do notário a princípio fundamental de sua atuação. De fato, em março de 1986, a União Internacional do Notariado Latino aprovou texto denominado *“Princípios Fundamentais do Sistema de Notariado Latino”*, no qual estariam *“expostas as bases ou princípios cardeais”* que inspiram aquele sistema. Nele é afirmado que *“o notário deve cumprir sua função de modo escrupulosamente imparcial”* perante as partes contratantes (POISL, 2006, p. 28-29).

Ao pretender posicionar-se acima das disparidades concretas das partes, em uma suposta posição de imparcialidade, o tabelião ignora suas vulnerabilidades. É o que expressamente esclarece (MISQUIAT, 2018, p. 115), ao concluir que eventuais desproporções contratuais em uma escritura seriam motivadas apenas pelas manifestações de vontade dos contratantes. Omite-se, nessa visão, o efeito sobre a vontade ocasionado pelas estruturas hierárquicas da sociedade e pelas distribuições assimétricas de poder entre os grupos sociais, detalhados por (HESPANHA, 2019).

A atuação do notário, frente aos contratos em geral, aparece justamente para garantir o prévio, efetivo e pleno conhecimento de seu conteúdo pelos interessados. No mais, sua participação garante que as disposições contratuais não afrontem previsões legais, **sendo eventual e possível desequilíbrio vontade certa e consciente das partes.**
(grifos meus)

Essa perspectiva supõe que a inferioridade de um contratante em relação ao outro reduz-se à falta de conhecimento jurídico, não a questões substanciais, como a idade, o gênero ou a condição econômica. A crença é a de que *“a desigualdade real dos contratantes é uma constante que, com a presença do notário, não ensejará, por si só, a abusividade na relação contratual”* (MISQUIAT, 2018, p. 115).

O discurso de redução das vulnerabilidades a uma única dimensão, ou seja, a da falta de informação jurídica, acaba por gerar outras distorções. A princípio, renega o fato de que muitas escrituras formalizam contratos que sobre os quais é incidente a disciplina normativa do direito do consumidor, como as alienações de construtoras, incorporadoras e empreiteiras para o comprador final, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, ou do Sistema Financeiro Imobiliário. Ora, em uma primeira aproximação, deve-se recordar que, ao menos para o direito

consumerista são consideradas especificamente as vulnerabilidades jurídica, técnica, socioeconômica e informacional (AQUINO JUNIOR, 2021). Ademais, existem, como já mencionadas, outras vulnerabilidades materiais, cuja superação exige postura ativa do intérprete do direito, de acordo com uma leitura de direito civil constitucional, uma vez que o direito público não exerce mais o monopólio de reequilíbrio das desigualdades reais.

Ao contrário, essa leitura simplificada do que seja desequilíbrio contratual advoga teses de retorno aos princípios liberais do contrato. Afinal, de acordo com a própria autora, a prevalecer sua interpretação, bastaria o “*consentimento informado dos envolvidos, a fim de fortalecer o princípio da força obrigatória dos contratos, em uma redescritção de sua função social, em busca da retração do uso indevido da máquina judiciária*” (MISQUIAT, 2018, p. 103).

Ora, o pretense fortalecimento desse princípio do direito contratual clássico não depende apenas da assessoria do tabelião nos contratos em que ele intervém. Mesmo a “função social” do contrato, como antes referida, é uma cláusula geral que deveria ser preenchida de acordo com a tábua axiológica inscrita na Constituição. Esta, como descrito neste trabalho, privilegia a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. Na verdade, o tema mereceria análise sob a perspectiva da repersonalização do direito privado, que trouxe uma visão mais ampla do fenômeno contratual. Nesse contexto, o princípio da boa-fé objetiva alterou o campo de incidência desses antigos postulados essenciais ao liberalismo: “*no caso da obrigatoriedade contratual, por exemplo, sua aplicação [princípio da boa-fé objetiva] pode isentar uma das partes do cumprimento do contrato, como na hipótese de resolução por onerosidade excessiva ou nas situações de isenção de responsabilidade por inexigibilidade de conduta diversa*” (FERNANDES, 2014, p. 82).

Há, todavia, uma proteção a vulneráveis, ainda que indireta, nos tabelionatos. Porém, o objetivo dessa atuação não é o da garantia dos direitos da pessoa considerada em concreto, mas apenas o de garantir expressão da vontade livre do indivíduo. O paradigma utilizado ainda é o do direito privado clássico (HESPANHA, 2019, p. 364), pois:

O fundamental, aqui, é assegurar que cada um não fique obrigado senão mediante a sua vontade expressa em contratos, desde que estes correspondam a vontades livres e conformes aos padrões gerais e racionais do querer. Também no plano das relações civis, a liberdade da vontade é uma abstração, já que o Estado, ao estabelecer a disciplina dos contratos, só protege o poder abstrato que os indivíduos têm de querer, descurando as condições concretas de exercício desse poder.

Esta concepção é devida ao fato de que o conceito clássico de negócio jurídico se centra no voluntarismo como fonte soberana geradora das obrigações. A vontade é o seu elemento

fundamental, que deve se manifestar livre e corretamente por intermédio da declaração do indivíduo, apta a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Assim, ao discorrer sobre os defeitos do negócio jurídico, (AMARAL, 1998, p. 471) afirma que:

Para ser juridicamente eficaz, a vontade tem de ser livre e incondicionada, no seu nascimento e correta na sua expressão. Podem ocorrer, todavia, defeitos no seu processo formativo no caso de o agente ter falsa noção das pessoas, dos objetos ou dos demais elementos do ato que pratica, ou defeitos na sua declaração, se houver divergência entre o que o agente quer e o que efetivamente declara.

O tabelião, quando do exercício de suas funções, deve atentar-se para que esses defeitos¹⁶⁸ não se manifestem nos contratos nos quais intervém. Sua atuação se baseia na ideia de que, quando todos estão presentes, os contratantes devem ter oportunidade de livremente manifestar sua vontade. É o que determinam as Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça – Serviços Extrajudiciais de Notas e de Registro do Estado de São Paulo, que estabelecem que o tabelião tem por dever “*recusar, motivadamente, por escrito, a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico e sempre que presentes fundados indícios de fraude à lei, de prejuízos às partes ou dúvidas sobre as manifestações de vontade*” (TJSP, 2021). Por esse motivo, ao perceber a possibilidade de ocorrência de qualquer defeito do negócio jurídico no decorrer da lavratura da escritura, o titular, ou seu preposto, por dever de ofício, deverá imediatamente paralisar a execução do ato e não prosseguirá em sua execução. A escritura somente será assinada se a manifestação de vontade de todos os presentes ocorrer de forma livre e desimpedida, atestada pelo notário.

A fiscalização da ocorrência dos vícios de vontade, muitas vezes, não é uma tarefa simples. Carlos Luiz Poisl, que foi tabelião em Novo Hamburgo/RS durante quase três décadas, relata sua experiência profissional em captar a real vontade dos contratantes antes da lavratura de escritura, concluindo que essa missão é extremamente trabalhosa e nem sempre é bem-sucedida (POISL, 2006). E, realmente, são inúmeros os casos nos quais ocorrem defeitos nos negócios jurídicos em tabelionatos, atingindo principalmente populações vulneráveis, como os idosos (MADALENO, 2021).

¹⁶⁸ Os defeitos do negócio jurídico podem ser caracterizados como vícios de vontade, tais como o *erro*, no qual o agente, tem uma falsa noção da realidade, devida ao desconhecimento acerca da matéria do contrato; o *dolo*, quando o agente é propositalmente induzido a erro por um terceiro; a *coação*, quando a vontade do agente é subtraída devido a ameaças de outra pessoa; o *estado de perigo*, quando o agente é levado a praticar o ato, assumindo prestação extremamente onerosa, para livrar-se, ou a seu familiar, de grave dano pessoal; a *lesão*, quando o acordo acarreta prejuízo a uma das partes devido à desproporção entre as prestações dos contratantes; e a *fraude contra credores* e a *simulação*, consideradas vícios sociais. Na “*fraude*”, o agente utiliza o contrato de forma maliciosa para enganar terceiros; e, na “*simulação*”, o agente, em conluio com o outro contratante, declara uma vontade inexistente, com o propósito de enganar terceiros (AMARAL, 1998).

A vulnerabilidade do idoso, que já foi referenciada, acarreta uma inferioridade material que pode ter reflexos na sua própria manifestação de vontade. Esta situação concreta deve ser tutelada mesmo ao se considerar apenas o paradigma liberal do contrato. Afinal, o abandono afetivo inverso, conjugado à alienação parental inversa, ou mesmo apenas esta segunda, viciam indelevelmente a vontade do idoso, dando-lhe ao menos uma falsa impressão da realidade. Há que se mencionar ainda a tentativa de substituição da sua vontade pela alheia, em uma pretensa aplicação do “princípio do melhor interesse” sem o devido respeito a sua autonomia, o que poderia sujeitá-lo a um estado de perigo ou a episódio de coação, em franco prejuízo patrimonial e existencial.

Muitas dessas práticas abusivas podem ser facilitadas quando se manifestam alguns tipos de doenças que têm maior incidência entre a população idosa. É bastante conhecida a correlação positiva entre idade e o risco de serem desenvolvidos determinados tipos de demência (ABREU, BARROS e FORLENZA, 2005). Nesse sentido, pesquisas indicam que *“com o envelhecimento, aumenta a prevalência de demências, chegando a 20% na América Latina e, especificamente no Brasil, a 38,9% de idosos com mais de 85 anos”* (ZIDAN, 2012).

Doenças como Mal de Alzheimer começam de forma insidiosa e seus sintomas se iniciam com perdas na memória recente e alterações na personalidade. Seu progresso é difícil de se medir com precisão, porém, é conhecido que (FERNANDES e DE ANDRADE, 2017):

O curso da doença varia entre 5 e 10 anos e a redução da expectativa de vida situa-se ao redor de 50%. (...) Na primeira fase denominada como Doença de Alzheimer pré-clínica os sintomas estão relacionados às perdas da memória de curto prazo, da flexibilidade no pensamento, do pensamento semântico, dificuldade de dar atenção a algo e a apatia. Na segunda fase denominada como comprometimento cognitivo leve (CCL) devido à evolução da Doença de Alzheimer ocorre uma importante perda da memória, dificuldade de independência, dificuldade para ler e escrever, limitações para se comunicar, instabilidade emocional, incontinência urinária, episódios de alucinações e agressividade. Na terceira fase denominada de demência ocorrem às perdas graves da memória em que o indivíduo acometido pela doença não reconhece rostos e objetos familiares, perde a capacidade de caminhar, a habilidade de se sentar e de sustentar a cabeça, a sua mobilidade se degenera com a perda de massa muscular, além da dificuldade de deglutir, linguagem comprometida, incontinência fecal e urinária, gerando assim um quadro de total dependência.

A depender do estágio da doença, não há como saber definitivamente que alguém é portador de algum tipo de demência. De fato, *“estudos neuropatológicos tem verificado que alterações patológicas encontradas na Doença de Alzheimer podem estar presentes em indivíduos assintomáticos e o emprego de biomarcadores realizados nos últimos anos evidenciaram que o processo fisiopatológico da Doença de Alzheimer pode ser identificado em indivíduos assintomáticos e em pacientes com demência instalada”* (FROTA, 2011).

Pessoas idosas que sofrem dessa doença, mesmo nos seus estágios iniciais, são mais facilmente induzidas, levadas por uma falsa impressão da realidade. É o que reconheceu, com fartas referências a estudos médicos, acórdão do TJSC, o qual concluiu que: *“Diante do contexto, é de certa forma compreensível a distorção de percepções entre as partes sobre as vontades da genitora. É que a doença, específica, debilita o enfermo de tal forma que, sabidamente, é comum que este seja facilmente sugestionado ou convencido”* (TJSC, 2016).

A conjugação dessas diversas circunstâncias relativas ao idoso faz com que se reconheça a necessidade de maior atenção a esse grupo, como já alertou o CNJ na mencionada Recomendação nº 46, de 22/06/2020. De fato, tão logo verificada sua vulnerabilidade, surge a necessidade de uma tutela jurídica específica, com o propósito de *“suprir os déficits existentes, mas também capaz de valorizar os espaços de autonomia, nas áreas em que ele é competente para decidir, principalmente acerca da sua própria vida”* (TEIXEIRA e RIBEIRO, 2009, p. 5).

É nesse contexto que deve ser analisado o Provimento nº 100/2020 – CNJ, que dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos com a utilização da plataforma *e-Notariado*. Sua concepção implica um novo paradigma. Afinal, *“toda mudança tecnológica é uma mudança social, comportamental, portanto, jurídica”* (PINHEIRO, 2009, p. 3). A transferência de escrituras antes lavradas presencialmente para o meio virtual acarreta a criação de um ambiente negocial novo para usuários que anteriormente compareciam pessoalmente ao tabelionato. Trata-se de um fenômeno radicalmente recente, que poderia até ser comparado a um contrato eletrônico comum, não fossem os altos valores envolvidos e, por diversas vezes, o aspecto existencial a eles relacionado (COLLINS, 2008).

Longe de apenas simplificar o tráfego das transações imobiliárias, o meio digital tem o condão de agravar vulnerabilidades. Desigualdades como as existentes no direito consumerista, por exemplo, não são apenas mantidas, diante das grandes disparidades econômicas existentes entre fornecedor e consumidor. Elas continuam a existir no ambiente da Internet e vão além, afinal, *“nesse ambiente, a vulnerabilidade do consumidor não apenas se mantém, mas aprofunda-se”*. A fragilidade é potencializada, pois é normal a dificuldade de entendimento inerente ao próprio ambiente tecnológico. *“O consumidor opera em um meio que não é o seu natural e, por conseguinte, não consegue compreender todos os meandros do espaço que o envolve. Essa nova realidade apresenta particularidades com as quais não está afeito e a complexidade da tecnologia o envolve como uma teia”* (AQUINO JUNIOR, 2021, p. 44).

O mundo virtual apresenta ainda outros complicadores que devem ser considerados quando da utilização de uma perspectiva de direito constitucional lastreado no princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, sabe-se que o avanço da Internet e das novas tecnologias

digitais não ocorreu de maneira uniforme na população brasileira. Ao mesmo tempo em que foram proporcionadas automações e novas possibilidades de comunicação, foi criado um novo tipo de excluído. Cuida-se do “analfabeto digital”, que é aquele não preparado para o uso das novas tecnologias. Essas pessoas formam uma massa que adensa questões que vão além de um simples problema educacional. Forma-se, na verdade, um grave problema político-social (PINHEIRO, 2009, p. 24), pois atinge até mesmo múltiplas dimensões do exercício da cidadania:

O fenômeno de marginalização social se dá pela incapacidade dos Indivíduos de conhecer e dominar as novas tecnologias – não basta saber escrever, é preciso saber enviar um *e-mail*. **Ao mesmo tempo em que a Era Digital abre maiores possibilidades de inclusão, a exclusão torna-se mais cruel. Aqueles que não tiverem existência virtual dificilmente sobreviverão também no mundo real, e esse talvez seja um dos aspectos mais aterradores dos novos tempos.**

(grifos meus)

Essa extrema desigualdade gerou uma ignorância até então inexistente.” *Essa ignorância digital constitui fenômeno amplo e atinge não somente a população de baixa renda, mas também outros grupos como idosos e portadores de necessidades especiais*” (AQUINO JUNIOR, 2021, p. 56). De fato, é reconhecida a dificuldade que os idosos possuem diante dos avanços da tecnologia. À medida que os anos avançam, torna-se cada vez mais difícil e desinteressante acompanhar a rápida evolução das telas e das câmeras que povoam os espaços e disputam com a vida os minutos diários. Esse obstáculo se tornou tão relevante que motiva políticas públicas de inclusão digital para pessoas idosas, como as previstas no Estatuto do Idoso¹⁶⁹, o que demonstra a necessidade de o Estado ser o principal executor de medidas que providenciem a inclusão digital, uma vez que seria pouco crível esperar que apenas o crescimento do mercado reduzisse a desigualdade ao acesso a novas tecnologias (AQUINO JUNIOR, 2021).

A exclusão digital do idoso é uma realidade e foi captada pelos resultados da pesquisa *Idosos no Brasil II* (SESC/SP, 2020)¹⁷⁰. Em levantamento domiciliar de âmbito nacional sobre os idosos do Brasil, realizado antes da pandemia¹⁷¹, verifica-se a grande discrepância de comportamento entre a população idosa e a não-idosa na utilização de tecnologias digitais.

¹⁶⁹ Art. 21, § 1º do Estatuto do Idoso: *Os cursos especiais para idosos incluirão conteúdo relativo às técnicas de comunicação, computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração à vida moderna.*

¹⁷⁰ A Pesquisa foi realizada apenas com a população urbana, o que torna implícita a conclusão de que efetivamente existe uma maior exclusão digital do idoso, dado o menor acesso das áreas rurais à Internet e às novas tecnologias.

¹⁷¹ Coletas de campo realizadas entre 25/01/2020 a 02/03/2020 (SESC/SP, 2020).

Tabela 1 – Exclusão digital do idoso

	Não-Idoso	Idoso
Usa a Internet	69	18
Nunca usou redes sociais	8	62
Nunca usou aplicativos, como os de banco	19	72

Fonte: Pesquisa Idosos no Brasil II (SESC/SP, 2020)

A partir dos dados da Tabela I, e de todo o exposto anteriormente, é possível constatar que a população idosa sofre um agravamento da sua vulnerabilidade quando serviços anteriormente prestados no meio físico migram para o ambiente digital. Ora, como se percebe, esta conclusão é plenamente aplicável para o exemplo da migração da prestação de serviços físicos para o meio virtual pelos tabelionatos, possibilitada pelo Provimento nº 100/2020 – CNJ. Este, ressalta-se, permite a realização de escrituras por videoconferência, em substituição às anteriormente lavradas presencialmente.

Devido a essa constatação, é possível concluir acerca do impacto diferenciado sofrido pelos idosos com o advento dessa nova tecnologia. O analfabetismo digital atinge fortemente esse grupo. Essa condição, aliada à fragilidade biológica decorrente da idade, faz com que essa população fique fortemente sujeita à violência patrimonial, como o próprio CNJ reconheceu por meio de suas resoluções. Ademais, o paradigma liberal personificado pelo tabelião se utiliza da ficção jurídica de que todos os contratos são paritários e, portanto, não oferece proteção especial para os vulneráveis. Mesmo a eventual proteção contra vícios da vontade manifestados entre essas pessoas, advinda do modelo clássico de negócio jurídico, fica fortemente fragilizada no ambiente virtual, como se discutirá adiante.

Essa transferência para o meio virtual implica ainda no enfraquecimento do “*princípio da imediatidade*”, tido como fundamental para o exercício da atividade tabelioa. Essencial para o notariado latino, que é o modelo ao qual se filiam os brasileiros, esse princípio se manifesta na forma de uma característica presente desde suas origens do tabelionato, consistindo na “*personalização*” de seu trabalho. De fato (DIP, 2018, p. 54) acentua que:

A personalização notarial corresponde a uma presencialidade ou imediação do notário em relação com os clientes e com a tarefa documentária a que se devota. Há neste quadro uma compresencialidade de pessoas (o notário, os clientes, testemunhas, circunstantes), fatos e coisas, que, embora não se exija para a integralidade da atuação notarial, deve reger algumas de suas partes (p. ex., pode pensar-se na outorga, na assistência pessoal, no conselho).

O princípio da imediação notarial exige o contato direto do tabelião com pessoas e documentos. Por este motivo estaria também associado a um outro princípio: o da “*veracidade*”.

Ambos asseguram que, dessa forma, por meio da captação real dos fatos, aquele profissional poderá assegurar-se da explícita vontade dos contratantes e da procedência dos documentos (DIP, 2018).

A intermediação do ambiente digital retira do notário possibilidades de avaliar a vontade dos indivíduos. Essa circunstância teria efeitos moderados para contratos paritários, nos quais inexistissem desigualdades legais ou materiais; porém, seu efeito sobre populações vulneráveis, como a dos idosos, merece maior aprofundamento, diante da tutela jurídica especial que a ordem constitucional lhes reconhece. Essa dificuldade imposta ao tabelião pelo ambiente digital é bem descrita por (DIP, 2018, p. 56), ao dissertar sobre uma das perspectivas do conceito de presencialidade notarial, inserto no princípio da imediação:

Primeira, a de lugar da compresença, que assinala a reunião real de pessoas, fatos e coisas em um lugar-onde (*locus ubi*). Toda eventual mediação desse *locus* (p. ex., o fato de um notário ter conhecimento das coisas por um médio pessoal ou virtual) recusa, realmente, o preenchimento da propriedade da imediação notarial: não pode ter-se por direto o que é indireto, nem pode haver imediação no que tem um médio.

É a mesma perspectiva empírica a que se refere (POISL, 2006), ao explicar as cautelas que devem ser adotadas pelo tabelião quando este intervém em um contrato de doação por escritura pública. Perceba-se que a aplicação do princípio da imediação notarial, segundo este autor, implica em um necessário e demorado aconselhamento solitário ao usuário, circunstâncias estas que, muitas vezes, serão difíceis de serem obtidas em ambiente virtual (POISL, 2006, p. 47):

Entre parênteses: o tabelião terá, necessariamente, um recinto de trabalho fechado, no qual se possa conversar sem que a conversa seja ouvida por outrem. Isso transmite tranquilidade ao interlocutor para fazer confidências que não faria em outras circunstâncias.

Lá, somente os dois, tabelião e solicitante, o tabelião dirá que uma doação é um ato muito importante, mesmo se de pequeno valor material, sujeito a regras especiais. Portanto, para que possa formalizá-la de modo a evitar riscos futuros e não frustrar a expectativa do doador no seu objetivo de beneficiar alguém, são necessárias informações também especiais, algumas de natureza íntima.

Essa mesma percepção, embora sob um enfoque neoliberal, é admitida por (MISQUIAT, 2018). A autora afirma que a atuação do notário, ao prover aconselhamento imparcial aos contratantes, concede maior segurança jurídica ao mercado. O tabelião asseguraria o cumprimento de uma chamada “*função social do contrato*”, pois surgiriam menos litígios decorrentes da interpretação de cláusulas contratuais. Por consequência, seria reforçado o princípio clássico da força obrigatória dos contratos, uma vez que menos conflitos seriam levados ao conhecimento do Poder Judiciário. Nesse sentido, ela diz que “*o notário latino exerce a função ímpar de orientar de forma clara e correta as partes envolvidas no negócio a*

ser entabulado, impedindo que elas assinem um instrumento ignorando cláusulas e suas consequências jurídicas” (MISQUIAT, 2018, p. 105).

O Provimento nº 100/2020 – CNJ, todavia, vai em sentido contrário ao prescrito por aqueles autores, que expressam a corrente majoritária do chamado “direito notarial”. Afinal, mitiga-se o contato direto, além de dificultar eventual diálogo reservado com algum dos contratantes. Ademais, simplifica a própria lavratura da escritura. De acordo com o Código Civil, é obrigatória sua leitura na presença das partes contratantes e demais comparecentes, ou a declaração de que todos a leram (art. 215, VI). Na escritura digital, porém, basta que sejam mencionados o objeto e o preço do negócio pactuado durante a videoconferência notarial (Art. 3º. Do Provimento).

Mesmo a expressão derradeira da vontade, por intermédio da assinatura digital, pode ocorrer por meio da ação de outra pessoa. Afinal, a leitura dos incisos do Art. 3º. do Provimento leva à conclusão de que a assinatura das partes ocorrerá diretamente no sistema *e-notariado*, em um momento temporalmente apartado daquele no qual foi realizada a videoconferência. Assim, não necessariamente aquele que assina digitalmente será o mesmo indivíduo que teve sua videoconferência gravada, principalmente se for alguém com pouca ou nenhuma habilidade no meio digital, como uma pessoa idosa.

Dessa forma, o ato notarial estará aperfeiçoado, à semelhança do físico, quando todos o assinarem digitalmente e o tabelião subscrevê-lo, por meio de seu certificado digital, ao final, de acordo com o art. 3º daquele Provimento. Todavia, deve-se ressaltar que os adjetivos do “*não-repúdio*”, “*autenticidade*” e “*integridade*” são válidos apenas para as assinaturas realizadas por meio de certificados digitais raiz ICP-Brasil, de acordo com a MP 2.200-2/2001. O certificado do e-notariado não é vinculado à ICP-Brasil; portanto, não possui essa garantia legal.

Pode-se argumentar que, no Poder Judiciário passaram a ser realizadas audiências e outros atos processuais por videoconferência. Neles também houve uma mudança de paradigma. Existe, porém, uma grande diferença, pois todos esses atos são presididos por um magistrado investido de jurisdição. Todas as audiências, depoimentos e oitivas de testemunhas estão sujeitas ao princípio do contraditório. Há o Estado-Juiz, que preside o processo, e os advogados, que velam pelos interesses das partes. A prova testemunhal, realizada telepresencialmente, é apenas uma entre outras que o magistrado levará em conta para formar sua convicção. Ademais, as testemunhas estão sempre sujeitas à contradita pela parte contrária.

4.5 O PROVIMENTO Nº 100/2020 – CNJ NA PERSPECTIVA DO DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO

Com a apresentação desse cenário, verifica-se que o Provimento nº 100/2020 – CNJ deve ser visto como um grande avanço tecnológico que realmente é. Afinal, permite a lavratura de atos notariais à distância, com a economia de tempo e de deslocamento das pessoas. É uma ferramenta excelente para contratos paritários, nos quais inexistem vulnerabilidades presumidas ou materiais.

Quando posto em prática, todavia, tornaram-se patentes as exclusões e os impactos desproporcionais que essa normativa ocasionou contra populações vulneráveis, principalmente em um contexto de desigualdades no acesso a tecnologias digitais, como ocorre no Brasil. Os grupos atingidos, objetos deste estudo, foram as camadas populares, costumeiramente excluídos da cidadania; e os idosos. Evidentemente, outros grupos vulneráveis podem também ser vitimizados por essa automação, como os portadores de necessidades especiais; porém, a finitude da vida atinge com mais vigor os idosos, os quais podem não ter tempo hábil para requerer seus direitos em juízo.

Especificamente quanto ao grupo dos idosos, houve um agravamento de suas vulnerabilidades. Sua condição biológica acarreta fragilidades que levam a limitações. Contra elas, o direito responde com medidas que buscam o reequilíbrio de sua situação, em uma clara aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana (LOBO e COSTA, 2021). A busca da igualdade material para essas pessoas se manifesta por meio de políticas públicas de inclusão, como as previstas no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003). Porém, como demonstrado, boa parte da população idosa vive em um cenário de exclusão digital; daí por se concluir acerca de um agravamento de vulnerabilidades para a população idosa, quando do advento do Provimento nº 100/2020 – CNJ.

Essa característica de acentuar vulnerabilidades é um dos principais sintomas de ocorrência da “*discriminação indireta*”. Ocorre quando uma norma aparentemente neutra, como o Provimento nº 100/2020 – CNJ, atinge, de forma não-intencional, determinadas populações que já se encontram subalternizadas. Ao vulnerá-las, é referido a um “*impacto desproporcional*” do texto normativo, cujo efeito atinge de forma diferenciada determinados grupos, agravando suas fragilidades (RIOS, 2008).

Ela difere da discriminação direta, que é a mais conhecida entre os brasileiros. O espaço por esta ocupado gera o pensamento predominante, mesmo entre os operadores do direito, de que a “*disparate treatment*” (termo que a identifica no direito anglo-saxão) é a única modalidade existente. Os conceitos de irracionalidade, intencionalidade e arbitrariedade que a

perpassam fazem com que seja imaginado que a conscientização contínua das pessoas um dia a eliminará e, com seu virtual desaparecimento, acabará todo tipo de discriminação na sociedade. Essa modalidade, todavia, é típica do liberalismo e enxerga apenas a dimensão individual do que seja a discriminação. Nesse sentido, o Prof. Adilson José Moreira destaca que a ênfase no combate apenas a esse tipo de discriminação abre espaço para serem questionadas políticas mais efetivas, como as que buscam proteger populações (ações afirmativas, por exemplo), e não apenas indivíduos. Ela “*está baseada na premissa de que os atores sociais sempre atuam racionalmente, a discriminação seria então um desvio desse padrão e, assim, só pode ser compreendida como um elemento comportamental. Portanto, ela não possui um aspecto coletivo, nem pode estar ligada ao funcionamento de instituições*” (MOREIRA, 2017, p. 102).

A discriminação indireta, ou “*disparate impact*” no direito anglo-saxão, tem como principal característica a ausência da intenção de prejudicar um indivíduo, ou um determinado grupo. O efeito discriminatório ocorre quando da aplicação de normas que, apesar de aparentemente gerais e neutras, acabam por produzir efeitos discriminatórios desproporcionais contra determinados grupos que já se encontram em posição hierarquicamente inferior na sociedade. Essa modalidade de discriminação ocorre porque “*atores públicos e privados não levam em consideração todos os efeitos que uma norma ou prática pode ter no status social de diferentes segmentos*” (MOREIRA, 2017, p. 102-103).

A “*disparate impact*” foi reconhecida pela primeira vez por meio do Judiciário norte-americano. O *leading case* foi o “*Griggs v. Duke Power Co.*”, julgado em 1971 pela Suprema Corte daquele país. Em meados da década de 1960, a Duke Power Co. estabelecera critérios teoricamente gerais para admissão e promoção de funcionários, sem aparentemente privilegiar nenhum grupo. Porém, na prática, pela utilização de títulos de graduação e de testes avaliativos, dificultava-se extremamente o acesso de trabalhadores negros a cargos de hierarquia mais elevada, a tal ponto de praticamente não serem contratados, nem se encontrarem esses trabalhadores nas funções de chefia (BREST, LEVINSON e BALKIN, 2018). Para entender melhor esse julgado, deve-se lembrar o contexto social vigente naquele país durante a década de 1960. Em 1964, entrara em vigor o “*Civil Rights Act*”, que pusera fim a diversos critérios discriminatórios baseados na raça, religião, sexo e nacionalidade. Foi essa lei que, na prática, pôs fim à segregação entre negros e brancos em diversos espaços públicos, principalmente em escolas, o que garantiu uma educação mais isonômica a todos, independentemente da cor da pele (KLARMAN, 2004).

Característica dos casos de discriminação indireta é a dificuldade em fazer prova em juízo de sua existência. Afinal, normalmente serão necessárias provas estatísticas para demonstrar que o grupo vulnerabilizado é vítima da “*disparate impact*” (RIOS, 2008). Portanto, evidências apenas são obtidas após a ocorrência dos fatos; e o acesso aos dados que a comprovam pode ser dificultado devido a políticas de sigilo das instituições onde ela ocorre. Outra dificuldade é a resistência da magistratura brasileira em associar provas estatísticas a episódios de discriminação (MOREIRA, 2017).

Não há fundamentação legal específica para a aplicação do conceito da discriminação indireta no direito brasileiro. Porém, o STF, em alguns acórdãos, com base no princípio constitucional da isonomia, admitiu a aplicação dessa modalidade. Nessas decisões, há votos de ministros que mencionam expressamente esse tipo de discriminação. A ideia central em todos esses pronunciamentos judiciais é a de aplicar plenamente o princípio da igualdade, com o propósito de evitar a produção de efeitos injustos contra grupos vulneráveis.

O primeiro precedente julgado pela Suprema Corte brasileira ocorreu no acórdão que decidiu a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI-MC 1.946, em 29/04/1999 (STF, 1999), que teve o mérito julgado em 03/04/2003. Na oportunidade, foi declarado que o artigo 14 da Emenda Constitucional 20/1998, que fixou limite para os benefícios do Regime Geral da Previdência Social, não abrangeria o salário da licença-gestante, o qual poderia, então, ultrapassar esse limite

Naquele acórdão, o voto do Ministro Nelson Jobim fundamentou-se nos precedentes da Suprema Corte norte-americana que construíram o Direito da Antidiscriminação. Para justificar seu posicionamento, usou como paradigma o “*case Griggs v. Duke Power*” e mencionou expressamente a figura do *disparate impact*. Aquele magistrado explicou que a EC 20/1998 seria uma norma aparentemente neutra, mas sua aplicação produziria uma discriminação contra um determinado grupo (mulheres em licença-maternidade), de forma não-intencional, não desejada pelo legislador. Ao comentar o voto do ministro, o Professor Roger Raupp Rios ensinou que (RIOS, 2008, p. 206):

Impende registrar-se que o voto do Ministro Nelson Jobim referiu-se, de modo explícito, à doutrina do *disparate impact* no direito estadunidense e à sua compreensão do princípio da igualdade no direito brasileiro. Combinando a previsão da igualdade com o art. 3o., III e IV, o inciso XLI do art. 5º. e o inciso XXX do art. 7º., o voto invocou o caso Griggs e condenou a discriminação indireta, vale dizer, aquela decorrente de efeitos discriminatórios não intencionais sobre determinado grupo (no caso, as mulheres).

Deve ser também mencionada como exemplo de reconhecimento dessa modalidade de discriminação, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 291, que questionava a constitucionalidade do artigo 235 do Código Penal Militar, julgada em 28/10/2015 (STF, 2015). Este considera como crime a “pederastia ou outro ato de libidinagem” e sujeitava à detenção o militar que “praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar”. O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, afirmou que a tipificação desse crime constituiria discriminação indireta contra militares homossexuais masculinos, pois apesar de ser norma aparentemente neutra, teria impacto desproporcional contra essa população.

Por fim, merece citação a ADI 5.543, de 11/05/2020, que declarou a inconstitucionalidade da Portaria 158/2016, do Ministério da Saúde, e da Resolução da Diretoria Colegiada 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (STF, 2020). Esses textos estabeleciam normas aparente gerais, mas que discriminavam indiretamente homens gays, bissexuais e mulheres trans.

No voto do Ministro Edson Fachin, Relator do acórdão, ficou bem clara a menção à existência da discriminação indireta, sua diferença para a modalidade direta e a aplicação para o caso examinado naquela ADI.

Ressalto que, no presente caso, a política pública restritiva prevista pela Portaria do Ministério da Saúde e pela Resolução da ANVISA, apesar das informações prestadas pelo Ministério da Saúde (eDOC 77, p. 7-8), causa uma limitação desproporcional, ainda que desintencional. É o que em sede doutrinária se tem chamado de impacto desproporcional. Nesse sentido, há que se diferenciar a discriminação direta – aquela munida de intuito discriminatório – da discriminação indireta – aquela que, desprovida dessa intencionalidade, produz impactos desproporcionais a determinadas pessoas ou grupos sociais.

Como visto, o Provimento nº 100/2020 – CNJ, apesar de ser norma abstrata e geral, produz impacto desproporcional contra a população idosa. Não houve qualquer intenção de ocasionar discriminação indireta contra aquele grupo, mas ela efetivamente pode ocorrer quando idosos participarem dos atos eletrônicos nele previstos.

5. A ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL E OS OPERADORES DO EXTRAJUDICIAL

Este capítulo será um desdobramento empírico dos anteriores. Seu objeto será a análise do nome da pessoa natural e um estudo da forma como os operadores do extrajudicial¹⁷² lidam com esse assunto. De início, será abordada a questão da inalterabilidade do nome, expressamente prevista em diversos e seguidos artigos da legislação de registros públicos desde o início do Século XX. Apesar de abrandado pela jurisprudência mais recente de tribunais superiores¹⁷³, esse princípio historicamente se tornou um verdadeiro “*dogma*” para os operadores do extrajudicial. Evidenciou uma hipótese de subordinação da dignidade da pessoa humana, considerada em concreto, expressa na possibilidade de sua autodeterminação, a um elemento meramente instrumental, como o registro civil. Esta assimetria pode ser verificada ao se estudar o impacto desse dogma a grupos historicamente vulnerabilizados, como o das mulheres casadas e o das pessoas transexuais.

Um dos objetivos dessa impossibilidade de modificação, como será discutido, era o de fornecer uma segurança jurídica a credores e a contratantes. Esse aspecto finalístico é ocultado pela pretensa natureza geral e impessoal das normas jurídicas. Ao veicular regras genéricas, destinadas a todos, o Estado acabava por proteger interesses específicos de um único grupo social, que desejava facilitar o tráfego comercial e o crédito. O intuito perseguido pela norma se traduz na constatação de que, se o devedor tivesse a faculdade de alterar o prenome ou o sobrenome, o credor teria dificuldade em encontrá-lo.

Afinal, o direito da Modernidade, ao centrar-se em um indivíduo abstrato, sem quaisquer adjetivos, foi historicamente uma ferramenta extremamente útil à classe que ascendia juntamente com as revoluções que se seguiram à queda da Bastilha, em 1789. Este sujeito, por ser dotado apenas de sua razão e de sua vontade, não possuía origem, sexo, etnia ou idade. Esta abstração extrema, característica do individualismo, quando ligada ao discurso de neutralidade

¹⁷² Como em todo este trabalho, salvo quando expressamente afirmado o contrário, este conceito é utilizado em termos amplos. Abrange notários, operadores, juízes, tribunais, corregedorias, CNJ e aqueles que escrevem sobre o tema.

¹⁷³ A Lei 14.382, de 27/06/2022, publicada na etapa final de redação deste trabalho, modificou os Arts. 56 e 57 da Lei de Registros Públicos. Permitiu a alteração imotivada de prenome independentemente de decisão judicial, uma única vez, além da possibilidade de inclusão de sobrenomes familiares. Todavia, ao submeter esse direito ao crivo do oficial registrador (§4º. do Art. 56), que verificaria eventual intenção de fraude, má-fé, falsidade ou simulação do requerente, evidencia a permanência do mesmo espírito liberal, centrado nos valores do mercado, que norteia a legislação dos registros públicos. Ademais, a despeito da ausência de regulamentação, provavelmente serão exigidas do requerente as mesmas certidões previstas no Provimento 73/2018 – CNJ. Todo este cenário torna clara a continuidade da submissão de um valor existencial (a possibilidade de alteração de nome) a valores patrimoniais.

e de generalidade das leis, dava condições para que as regras jurídicas pudessem ser aplicadas em qualquer ordem normativa do mundo, sem nenhuma alteração. De fato, devido a essa “*natureza humana, abstrata, eterna e imutável, a regulamentação jurídica não dependeria dos climas ou das latitudes. Os ‘códigos’ seriam, tendencialmente, universais, pelo que tanto poderiam ser feitos por um nacional como por um estrangeiro, podendo ser também aplicados como direito subsidiário ou mesmo principal de outros países*” (HESPANHA, 2019, p. 341).

Mesmo se fosse considerado o objetivo da regra da imutabilidade do nome para garantia de segurança jurídica dos contratos, de acordo com o pensamento do legislador do Século XIX, ela perderia sua razão de ser nos dias atuais. A identificação ocorre por meio do inter cruzamento de múltiplas informações além do nome, como os números do CPF e da carteira de identidade, além da filiação, mantidos em bancos de dados de abrangência nacional. O paradigma da Modernidade, porém, ainda é predominante entre os operadores do direito, principalmente por estar restrito apenas ao universo patrimonial. Por este motivo, tendem a renegar pleitos das pessoas que buscam, por razões existenciais, a alteração de seu nome.

Porém, o próprio sistema dos registros públicos, ao tratar da questão da inalterabilidade do nome, teve uma assimetria histórica. Se, por um lado, impedia a alteração de prenome e de sexo das pessoas transexuais; por outro, tratava a alteração do nome da mulher casada, e depois separada, como algo totalmente descartável, sem relevância. Ao estudar essa disparidade de tratamento, tendo por base a mesma legislação, será avaliada a eventual inconsistência do discurso da segurança jurídica, extremamente valorizado para o extrajudicial.

Durante o desenvolvimento do tema, este trabalho estudará o discurso dos operadores do extrajudicial acerca da possibilidade de alteração do prenome e sexo de transexuais, na época anterior ao acórdão do STF na ADI 4.275-DF (STF, 2018). Essa decisão da Suprema Corte permitiu às pessoas transgêneras que, por simples declaração, alterassem prenome e sexo diretamente no registro civil, sem a necessidade de laudos médicos ou psicológicos, e sem a prévia comprovação de que foram submetidas a cirurgia de readequação genital. Em seguida, analisará eventuais dificuldades encontradas pelas pessoas transgêneras, destinatárias daquele acórdão, para fazer valer seu direito. As considerações finais do capítulo serão submetidas, por fim, a uma análise sob o viés do direito da antidiscriminação.

5.1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

Trabalhos que objetivam analisar aspectos do impacto de intervenções públicas necessitam de uma prévia identificação do problema a ser sanado. Ele deve ser “*caracterizado da maneira mais adequada possível, com um detalhamento da sua relevância, das suas causas*

potenciais e da população atingida. Esse percurso é essencial para que se possam definir com clareza os resultados esperados da política pública” (SOUZA, LIMA, *et al.*, 2020). Nesse sentido, não restam dúvidas de que o STF considerou relevante a questão da alteração de prenome e de sexo da pessoa transgênera quando do julgamento da ADI 4.275-DF¹⁷⁴, além de lastrear a necessidade daquela decisão no próprio texto do acórdão, ao mencionar que “*O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero*” (STF, 2018, p. 2) (grifos meus).

A população atingida pela política pública gerada a partir daquela decisão é desconhecida. Não existem indicadores sociais quantitativos referentes às pessoas transgêneras. Algumas percepções, ainda que de forma indireta, como a necessidade de gratuidade para que o procedimento de alteração de nome e de sexo fosse efetivo como política pública, foram expostas em votos dos ministros do STF (STF, 2018) quando do julgamento da ADI 4.275-DF. Porém, não há estudos confiáveis em âmbito nacional sobre essa população.

Serão desconsideradas neste trabalho as estatísticas apresentadas pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA. Apesar de serem as mais repercutidas pela mídia, por entidades a suporte de direitos humanos, utilizadas acriticamente em trabalhos de pesquisa¹⁷⁵, e até mesmo pelo Congresso Nacional (SENADO, 2017), há indícios de graves falhas metodológicas na apuração de seus números.

O mais famoso deles é a expectativa média de vida das pessoas trans como sendo de apenas 35 anos divulgada anualmente em seus dossiês (ANTRABRASIL, 2021); porém, em pesquisa atenta no portal de Internet da Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA, não fica claro como foi obtida essa estatística. No dossiê de 2020 (ANTRABRASIL, 2021), em um trecho no qual há a comparação dessa pretensa “estatística” com a expectativa média de vida do brasileiro, de 74,9 anos, obtida de acordo com levantamentos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE de 2003, há uma evidente indução ao erro. Metodologicamente, não é possível cotejar números de origem e de confiabilidade completamente díspares, como o obtido por meio de pesquisa de campo realizada em âmbito nacional por aquele instituto de pesquisa, com o outro, indicado pela associação, do qual não é sequer

¹⁷⁴ Cabe mencionar que o aspecto da “relevância da matéria” é mencionado em diversos trechos da Lei 9.868/1999, que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”. No caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, a existência de controvérsia judicial relevante é requisito da petição inicial (Art. 14, II, da mesma lei).

¹⁷⁵ Como exemplo recente: (LEMOS, 2021), que se fundamenta em estudos da ANTRA para caracterizar a vulnerabilidade material das pessoas transgêneras no Brasil.

indicado o espaço amostral ou a metodologia de alguma eventual pesquisa. Perceba-se que a simples tentativa de comparação entre números totalmente diversos, como realiza a associação em seu dossiê, induz falsamente o intérprete a pensar que o dado apresentado pela ANTRA teve a mesma origem daquele obtido por meio do censo daquele instituto de pesquisa governamental, o que evidentemente não ocorreu.

O único levantamento confiável sobre essa população é o “Mapeamento das Pessoas Trans no Município de São Paulo” (SÃO PAULO (MUNICÍPIO), 2021). Apesar de ser restrito à cidade de São Paulo, sua metodologia é clara e se baseia em pesquisa de campo, com a utilização do método “bola de neve”, que facilita interações entre o pesquisador e o entrevistado. A ANTRA, em seu portal (www.antra.org.br) e em seus dossiês, informa que “90% das pessoas trans trabalham na prostituição” (ANTRABRASIL, 2021); porém, novamente não menciona de qual fonte tirou essa informação, o que retira sua credibilidade. Ainda mais porque essa estatística teria que ser teoricamente produzida por meio de amostras colhidas nacionalmente e por intermédio de declaração, o que envolveria um intenso processo de mapeamento. A depender da metodologia de coleta utilizada, deveria ser considerado ainda o constrangimento do declarante em responder a uma pergunta de caráter relativamente íntimo perante um entrevistador desconhecido. De forma dissonante, a pesquisa de campo realizada no Município de São Paulo aponta para um número significativamente menor de pessoas trans que trabalham como profissionais do sexo, ou seja, 27% (SÃO PAULO (MUNICÍPIO), 2021, p. 35).

As perguntas referentes ao “Mapeamento das pessoas trans” foram realizadas diretamente pelos pesquisadores às pessoas transgêneras residentes no Município de São Paulo. As respostas foram representativas porque se trata do município mais rico do país e com mais acesso à informação; portanto, se mesmo nessa capital, essas assimetrias econômicas e de acesso a políticas públicas ainda persistem com vigor, é de se presumir que as condições no restante do país serão piores. De acordo com o mapeamento, 95% das pessoas transgêneras residentes no Município de São Paulo receberam até três salários mínimos no mês anterior ao da pesquisa; e 58% dessas pessoas ainda pretendiam realizar o procedimento de alteração de nome e sexo no registro civil, diante de 32% que já o tinham realizado (SÃO PAULO (MUNICÍPIO), 2021).

A questão metodológica que se abre é acerca da possibilidade de utilização dos resultados da pesquisa “Mapeamento das pessoas trans”, com a presunção de validade de seus números para âmbito nacional. O fundamento seria o de que o espaço amostral da pesquisa paulistana é representativo e poderia ser amplificado para a população do restante do território brasileiro, consideradas ainda as características de ser São Paulo o mais populoso e um dos mais ricos

municípios da federação, como já exposto. A lógica “*para querer generalizar os resultados de um único estudo é o fato de qualquer estudo (qualitativo ou não) só pode coletar uma quantidade limitada de dados, envolvendo números limitados de unidades de coleta de dados*” (YIN, 2016, p. 88). Essa pretensão, todavia, é arriscada. Mais ainda: trabalha com a ideia que apenas existe uma única forma de extrapolar resultados de estudos, que é a denominada “generalização estatística” (YIN, 2016).

É possível, porém, generalizar os resultados do mapeamento paulistano sob um viés qualitativo. Dessa maneira, as conclusões daquela pesquisa, aliadas a outros fundamentos, podem ser úteis para dar sentido a estudos, a resultados de outros levantamentos e, ao final, permitir o entendimento de determinados fenômenos em uma forma mais ampla. É o que (YIN, 2016, p. 89) afirma, ao tratar da extrapolação de estudos para populações de diferentes origens: “*em vez de generalizar para populações de outros países, um estudo desse tipo deve procurar desenvolver, e depois discutir, como seus resultados podem ter implicações para uma melhor compreensão de determinados conceitos*”.

Esta será a visão adotada neste trabalho ao adotar uma generalização qualitativa acerca de algumas tendências. Realmente, fará muito sentido a hipótese de hipossuficiência econômica das pessoas transgêneras, o que geraria um déficit entre o universo das pessoas que desejariam alterar prenome e sexo no registro civil e o outro, formado por aqueles que efetivamente conseguiram essa modificação, como a próprio Mapeamento indicou. Essa tendência, ligada ao texto teórico desenvolvido, fornecerá pistas para melhor entendimento acerca da eficácia da política pública inaugurada com a decisão prolatada na ADI 4.275-DF.

5.2 O NOME CIVIL E SUA INALTERABILIDADE

O nome da pessoa natural¹⁷⁶ recebeu do legislador do Código Civil de 1916 um tratamento superficial, contrastante com o surgimento das categorias dos direitos da personalidade que já eram discutidas à época entre os juristas. De fato, o próprio Código Civil Alemão (BGB), que entrou em vigor em 1900, cercou o instituto do nome de garantias e de direitos (MORAES, 2000). A seu turno, Clovis Bevilacqua afirmou (1944, p. 212) que o direito ao nome não foi destacado no texto civil porque:

O nome civil não constitui um bem jurídico porque não é coisa suscetível de apropriação em nossa sociedade. O nome individual, o que se inscreve no registro civil, e os

¹⁷⁶ Por questões metodológicas, neste trabalho será utilizado “nome” como termo genérico que circunscreverá o “prenome” e o “sobrenome”. O termo “patronímico” será evitado porque sua origem onomástica privilegia apenas um dos gêneros.

cristãos recebem no batismo é, sem dúvida, um modo de designar a pessoa; mas pelo fato de ter essa pessoa um nome, que a individualiza, não se segue que possa impedir outra de o escolher para si. Nem tão copiosa é a onomástica para tornar possível êsse exclusivismo.

(...)

O nome deve ser compreendido como a designação da personalidade. Mas a personalidade, forma pela qual o indivíduo aparece na ordem jurídica, é um complexo de direitos, não é **um direito**. Da mesma forma, o nome não pode ser **um direito**. Por isso mesmo que designa o núcleo de onde irradiam os direitos.

(grifos do original)

A forma como esse instituto foi tratado é condizente com a visão estritamente patrimonialista do direito privado da época. Com efeito, ao distinguir entre o nome civil e o comercial, Clovis Bevilacqua, afirmou que este envolvia valores de ordem econômica e mercantil que o tornavam digno de proteção; ao passo que aquele não tinha nenhum outro valor que não o moral (BEVILAQUA, 1944).

Foi dessa forma, com certa perplexidade, que o “nome” ganhou dos juristas da primeira metade do Século XX o título de “*problema*”¹⁷⁷. Afinal, esse instituto, que recebeu diversas teorias para explicar sua natureza (SERPA LOPES, 1962), não era valorizado, pois destituído de valor patrimonial. Sua característica essencial, todavia, moldada pelo legislador daquele período, era a total impossibilidade de modificação, dando origem ao princípio da “imutabilidade do nome da pessoa natural” como preceito basilar para a jurisdição administrativa dos registros públicos¹⁷⁸.

O legislador do Código Civil de 1916 preocupou-se com a consolidação da legislação dos registros públicos. A introdução na lei civil de inúmeros dispositivos relativos a esse tema fez com que fosse publicado poucos dias antes do início da sua vigência, o Decreto 12.343, de 3 de janeiro de 1917, que dava instruções para a execução provisória do registro público instituído pelo Código Civil. Era uma forma de suprir o vácuo legislativo, uma vez que inexistia uma compilação dos registros à época. Ela apenas surgiu com a publicação do Decreto Legislativo 4.827, de 7 de fevereiro de 1924.

Foi com fundamento nessa norma que o Poder Executivo publicou o Decreto 18.542, de 24 de dezembro de 1928. Este foi o texto que introduziu no ordenamento a impossibilidade de

¹⁷⁷ É o que se vê em títulos de publicações, como “*O Nome Civil e Seus Problemas*” (FERREIRA, 1952); e em Miguel Maria da Serpa Lopes, jurista que é referência na área de registros públicos, o qual, quando trata do nome da pessoa natural, intitula o capítulo de “*o problema do nome em geral*” (SERPA LOPES, 1962).

¹⁷⁸ “A alteração do nome constante do registro por de uso do requerente só pode ser deferida por Juiz togado a que estiver sujeito o registro na forma expressa do art. 71 do Decreto 3.857 de 1939. (Trib. Just. de São Paulo – 1944 – Rel. Des. Pedro Chaves; in Rev. Dos Tribunais: vol. 155, pág. 697).” (FERREIRA, 1952, p. 105-106).

modificação do nome, movido pelo mesmo espírito liberal e individualista do Código Civil de 1916, manifestando a preocupação de garantir a segurança das relações jurídicas entre os particulares. A positivação desse axioma ocorreu por meio do art. 72 do Decreto 18.542/1928¹⁷⁹ e permaneceu em todas as legislações relativas a registros públicos até os dias atuais¹⁸⁰. Apesar de a norma sempre indicar a impossibilidade da mudança do prenome, a jurisprudência e a doutrina logo se inclinaram para uma interpretação ampliativa que abarca a imutabilidade de todos os elementos do nome, como o sobrenome^{181 182}.

O dogma da imutabilidade do nome não fazia parte da tradição jurídica nacional até então. Anteriormente a ele, era perfeitamente lícito uma pessoa mudar seu nome e nenhuma norma o impedia. Com efeito, (BOTELHO, 2011, p. 243) aponta que, na realização de pesquisas históricas em livros paroquiais, datados do período da Colônia e do Império, em épocas nas quais os registros civis eram controlados pela Igreja Católica, são grandes as “*dificuldades de se trabalhar com a reconstituição de família no Brasil, em função da falta de normas de transmissão dos sobrenomes. Até mesmo o nome de uma única pessoa podia variar ao longo de sua vida*”. (grifos meus).

Spencer Vampré, jurista que escreveu livro sobre o nome da pessoa natural em seguida à vigência do Decreto 18.542/1928, tinha visão totalmente diversa acerca da alterabilidade do nome. Ele admitia francamente a possibilidade de modificação, desde que não ocorresse de forma tão frequente, a ponto de impossibilitar a identificação da pessoa, e que não envolvesse tentativa de ocasionar prejuízos a terceiros. Sua leitura tinha por base a tradição jurídica brasileira até sua época, pois afirmava (VAMPRE, 1935, p. 138) que “*tem o uso, entre nós, consagrado a modificação do nome, quer para evitar confusões, quer para fins comerciais, quer ainda por motivo ético respeitável, como o cumprimento de voto religioso, uma demonstração de gratidão, ou de afeto*”.

A função do nome da pessoa natural seria tão-somente a de identificar a quem se refere. Deveria, dessa forma, ter respaldo na realidade social, não em uma pretensa verdade inscrita nos registros públicos, mas divorciada das interações humanas. É o que afirmava o então Diretor

¹⁷⁹ Art. 72 do Decreto 18.542/1928. *O prenome será imutável.*

¹⁸⁰ Nesse sentido, vide Art. 72 do Decreto 4.857/1937; Art. 62 do Decreto-Lei 1.000/1969; e art. 58 da Lei 6.015/1973.

¹⁸¹ Entre os inúmeros acórdãos, nos mais variados períodos, (SERPA LOPES, 1962) menciona a Apelação 19.893, 2ª. Câmara do TJSP, julgada em 24/08/1943; e os atuais REsp nº 1.323.677-MA – 3ª. Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 05/02/2013; e REsp nº 1.304.718-SP – 3ª. Turma, Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, julgado em 18/12/2014.

¹⁸² Mais tarde, o Código Civil de 2002, em seu Art. 16, esclareceu que “*toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome*”.

da Faculdade de Direito de São Paulo: “*De uma parte, na ausência de lei proibitiva expressa*¹⁸³, não se pode negar a uma pessoa o direito de acrescentar ao nome, pelo qual já é conhecida, um outro, que a distinga de homônimos, e evite confusões – pois a principal função do nome consiste, precisamente, em indicar, de modo rápido e seguro, a pessoa a quem se refere” (VAMPRE, 1935, p. 138).

Essa leitura tradicional do conceito jurídico do nome da pessoa natural perdeu espaço posteriormente. A sua imutabilidade passou a ser justificada na segurança que deveria proporcionar às relações jurídicas. Seu fundamento seria o aspecto público do direito ao nome (LIMONGI FRANÇA, 1964, p. 174):

O aspecto público do Direito ao Nome promana, fundamentalmente, do grande interesse que tem a sociedade em distinguir os seus diversos componentes, para deles poder exigir com eficácia as obrigações que respeitam a cada um, como tributo ordenado ao Bem Social. Por outro lado, a falsa identidade e a confusão de identidade, estão geralmente tão ligadas às mais variadas modalidades de delitos, que a salvaguarda da fixidez do nome se erige em fator impostergável de ordem e de insegurança.

A consideração desse viés representava a inversão do antigo princípio de que o nome antecedia ao registro. Este teria, segundo essa perspectiva, função meramente instrumental e estaria subordinado à realidade vivenciada pela pessoa (VAMPRE, 1935). Com a imutabilidade, optou-se pela prevalência do que está escrito no registro, independentemente da vida em concreto da pessoa. Tudo sob o discurso de que é necessário evitar pleitos “ilegítimos” ou “fraudulentos”, dando relevância ao “*princípio da imutabilidade do nome e ao princípio da segurança jurídica. Tais princípios são de ordem pública, pois é de interesse da sociedade que o nome seja definitivo, isto é, permaneça imutável, para a segurança das relações jurídicas*” (EL DEBS, FERRO JUNIOR e SCHWARZER, 2019, p. 50).

Perceba-se que o discurso da segurança jurídica é o que fundamenta a imutabilidade do nome. Sua utilidade é essencial para uma perfeita identificação do indivíduo que contrata, contrai obrigações e que toma crédito em uma sociedade regida pelos valores liberais, centrada no mercado. A partir dessa noção, eventuais pedidos de alteração mereceriam ser classificados como “ilegítimos” ou como “fraudulentos”. Afinal, não será a ótica em concreto daquele que pleiteia a alteração a necessariamente mais relevante, mas sim a do credor, que deseja que a

¹⁸³ No seu livro, Spencer Vampré defende a inconstitucionalidade das normas referentes à inalterabilidade do nome, pois o Decreto 18.542/1928, editado pelo Poder Executivo, teria exorbitado a delegação outorgada pelo Decreto Legislativo 4.827/1924. Neste estava apenas autorizada a “consolidação” de todas as leis referentes aos registros públicos; não autorizava inovação, ou seja, a criação de uma regra nova que não existia anteriormente no ordenamento jurídico, como a da impossibilidade de mudança do nome (VAMPRE, 1935).

“verdade” encontrada nos registros públicos prevaleça como única disponível, pois o devedor será mais facilmente encontrado.

Restringir a “verdade” do nome apenas àquela constante nos livros de registro civil é uma típica aplicação do pensamento jurídico da Modernidade. Trata-se de uma demonstração do apego extremo do direito clássico ao formalismo, o que leva à conclusão de que *“todo o direito (e a política) modernos assentam neste sofisma originário – destinam-se a regular a vida concreta de cidadãos concretos, mas com base em numa imagem abstrata de cidadãos abstratos”* (HESPANHA, 2019, p. 345).

A imagem do indivíduo abstrato, apartado do mundo real é a que prepondera nessas normas jurídicas. Afinal, munido apenas de sua razão e de sua vontade, o sujeito moderno é considerado apto para querer, para contrair obrigações, mas não é avaliado nas suas fragilidades, ocasionadas pelas hierarquias existentes nas sociedades reais. Antes delas existe o patrimônio como garantia dos créditos de terceiros que com ele contratam. *“O real, nesse direito, é elevado a uma abstração que sombreia a pessoa e produz dois vultos conceituais, o do próprio titular (como categoria de sujeito de direito) e o da sua respectiva titularidade. Precede à pessoa o patrimônio”* (FACHIN, 2015, p. 15). É esta a submissão essencial, como bem destaca este professor, a que se oculta sob o discurso da “segurança jurídica” objetivada pela imutabilidade do nome da pessoa natural.

A própria legislação criou hipóteses que suavizaram o extremo rigor dessa regra¹⁸⁴. Porém, sua aplicação deveria se dar a título excepcional¹⁸⁵, ou com o propósito de corrigir erros no registro civil; e sempre necessitaram do recurso ao Poder Judiciário para serem concretizadas. A mesma disciplina normativa foi mantida na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), com pequenas alterações¹⁸⁶.

¹⁸⁴ **Decreto nº 4.857/1939**, que regeu os registros públicos no Brasil desde a sua publicação até 1973.

Art. 69.(...)

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá o caso independentemente da cobrança de quaisquer selos, custas ou emolumentos, à decisão do juiz a quem esteja subordinado.

Art. 72. O prenome será imutável.

Parágrafo único. Quando, entretanto, for evidente o erro gráfico do prenome e desde que não se altere sua pronúncia, admite-se a retificação, bem como a sua mudança, mediante decisão do Juiz, a requerimento do interessado, no caso do parágrafo único do art. 69, se os oficiais não o houverem impugnado. (Redação dada pelo Decreto nº 5.318, de 1940)

¹⁸⁵ Decreto nº 4.857/1939

Art. 71. Qualquer mudança posterior de nome, só por exceção e motivadamente será permitida, por despacho do juiz togado a que estiver sujeito o registro e audiência do Ministério Público, arquivando-se o mandado, e quando for o caso, e publicando-se pela imprensa.

¹⁸⁶ Foram inseridas as seguintes hipóteses na **Lei 6.015/1973**:

Mais recentemente, o direito civil constitucional permitiu nova leitura da questão da imutabilidade do nome, retirando-a do universo exclusivamente patrimonialista a que estava restrita. Uma reinterpretação da Lei de Registros Públicos surgiu a partir da tábua axiológica da Constituição de 1988, privilegiando o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa visão renovada chegou aos tribunais e pode ser vislumbrada em trechos deste acórdão do STJ, que decidiu o REsp 1.008.398-SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em 18/011/2009, (STJ, 2009).

- Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, **a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais**, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual

(...)

- A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente **a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.**

(...)

- **Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal.** No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, **razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73.**

(grifos meus)

A dignidade da pessoa humana, como justificado no trecho do acórdão, serviu como fundamento para suprir a ausência de norma positivada que amparasse a pretensão da requerente. O socorro a esse princípio foi justificado pela “falta de fôlego do Direito”, conforme referido pela Ministra Relatora.

A norma, todavia, era seletiva. Se, por um lado, servia para vedar pretensões de alteração de nome e de sexo de pessoas transexuais, por outro, tratava como completamente irrelevantes alterações do nome da mulher casada, como será estudado adiante. Ela poderia perder sobrenomes ou ganhar outros sem que o direito se preocupasse com o tema de sua identificação, ou

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. (Redação dada pela Lei nº 9.708, de 1998)

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 9.807, de 1999)

discutisse eventual risco à segurança jurídica decorrente dessas modificações. Percebe-se, assim, que o argumento liberal da necessidade de perfeita identificação do indivíduo, decorrendo daí o dogma da imutabilidade do nome, para “garantia da paz social”, tinha destinatários selecionados.

É de se questionar a razão de tratamento legislativo tão díspar. Nesse sentido, uma chave de entendimento dessa assimetria pode ser encontrada ao se considerar as relações hierárquicas de poder na sociedade. Afinal, o que essas duas populações, dos transexuais e das mulheres, têm em comum é a sua histórica subalternização.

5.3 O NOME DA MULHER CASADA

As primeiras referências de perda das ligações da família de origem da mulher, e da adoção do parentesco do marido, ao casar-se são de raízes indo-europeias e datam de mais de 4.000 anos (FUSTEL DE COULANGES, 1975). A mulher, quando do casamento, de caráter sagrado, abandonava sua antiga família e era recebida na de seu marido. Por este motivo, perdia obrigatoriamente o sobrenome de sua família e passava a adotar o da de seu marido. A força desses costumes patriarcais se manteve incólume por milênios, incorporou-se às normas do direito moderno e permanecem até hoje, ainda que de forma não cogente, na maioria dos países ocidentais (SAVAGE, 2020).

No direito comparado, ao menos até o advento da Segunda Guerra Mundial nos países centrais, era possível encontrar o sistema do “sobrenome comum” convivendo com o sistema da obrigatoriedade da adoção do sobrenome do homem pela mulher. O “nome matrimonial comum” adotado para o casal naqueles países era normalmente o do marido, como regravam o BGB alemão e o Código Civil japonês¹⁸⁷. Na segunda metade do Século XX, porém, surgiu na França, em Portugal e na Itália, a possibilidade de um cônjuge adotar o sobrenome do outro, sem distinção; e, na Alemanha, foi afastada a imposição do sobrenome do marido na ausência de escolha de um comum. No Japão, foi mantida a obrigatoriedade de adoção de um sobrenome comum, o qual poderia ser de qualquer um dos cônjuges¹⁸⁸. Na Espanha, passou a ser vedada qualquer alteração quando do casamento, embora ainda persista o uso social generalizado de a

¹⁸⁷ O BGB foi adotado como Código Civil do Japão no início do Século XX. É uma demonstração da pretensão cosmopolita do direito da Modernidade (WIEACKER, 2015).

¹⁸⁸ No Japão, ao menos até o Censo do Governo Meiji (1876), as mulheres não possuíam sobrenome. Anteriormente, sequer possuíam nome. A persistência dessa cultura fez com que 98% dos “sobrenomes comuns” adotados naquele país após o casamento fosse o do marido e, quando do divórcio, a mulher retornava obrigatoriamente ao sobrenome de solteira (em 1976, a legislação abriu a possibilidade de ela manter o sobrenome de casada, desde que requeresse administrativamente no prazo de três meses após o divórcio) (ALMEIDA, 2001).

esposa adotar o sobrenome do marido, mas sem repercussão nos registros públicos (ALMEIDA, 2001).

Essa assimetria na junção de sobrenomes quando do casamento seria um resquício do antigo “poder marital”. Expressão concreta da histórica desigualdade de gênero, seria uma manifestação de “*predomínio hierárquico e pessoal, relação de incapaz a seu responsável, compreendendo direito de assistência, de correção (castigo) e fusão ou ‘transfusão das almas’*” (ALMEIDA, 2001, p. 77). Seus efeitos se seguiriam ao matrimônio e seus contornos jurídicos seriam os da incapacidade da esposa, com a necessidade de autorização do marido para prática de atos da vida civil; da aquisição da nacionalidade do marido; do dever de obediência da esposa ao marido; da adoção do sobrenome do marido; e da outorga ao marido dos direitos de fixar o domicílio do casal, de supervisionar os atos diários da esposa e de corrigi-la, quando necessário (ALMEIDA, 2001).

No Brasil, essa ideologia não foi diferente. A legislação que trouxe o casamento civil, com a separação da Igreja do Estado, positivou conceitos que perduraram durante mais de um século na mentalidade dos juristas e nos tribunais. Essas regras estão dispostas desde o surgimento do casamento laico em nosso país (BRASIL, 1890).

Decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890

Promulga a lei sobre o casamento civil

Art. 56. São efeitos do casamento:

§ 4º **Conferir á mulher o direito de usar do nome da familia do marido** e gozar das suas honras e direitos, que pela legislação brasileira se possam communicar a ella. (...)

Art. 88. O divorcio não dissolve o vinculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos corpos e faz cassar o regimen dos bens, como si o casamento fosse dissolvido. (...)

Art. 92. **Si a mulher condemnada na acção do divorcio continuar a usar do nome do marido, poderá ser accusada, por este** como incurso nas penas dos arts. 301 e 302 do codigo criminal.¹⁸⁹

(grifos meus)

As linhas mestras dessas normas trazidas com a laicização do matrimônio são a obrigatoriedade de a mulher adotar o sobrenome do marido quando do casamento; a discussão da culpa ao término da relação conjugal; e a perda do sobrenome do marido, se a mulher for condenada (declarada culpada pelo fim da sociedade conjugal). O Código Civil de 1916 seguiu a

¹⁸⁹ Os artigos eram do Código Criminal do Império do Brasil (Lei de 16 de dezembro de 1830):

Art. 301. Usar de nome supposto, ou mudado, ou de algum titulo, distinctivo, ou condecoração, que não tenha.
Pena - de prisão por dez a sessenta dias, e multa correspondente á metade do tempo.

Art. 302. Se em virtude do sobredito uso se tiver obtido o que de outro modo se não conseguiria.
Pena - a mesma, em que incorreria o réu, se obtivesse por violencia.

mesma linha, como é possível constatar a partir da leitura dos textos originais dos artigos referenciados a seguir:

Art. 240. *A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família.*¹⁹⁰

Art. 324. *A mulher condenada na ação de desquite perde o direito a usar o nome do marido.* (grifos meus)

Em comentários ao artigo 240, Clovis Bevilacqua ponderou que “*o facto de esta [a mulher] adquirir o nome do marido não importa em ficar a sua personalidade absorvida. Antes de tudo, esta adopção de nome é um costume, a que a lei deu guarida, e deve ser compreendido como exprimindo a comunhão de vida, a transfusão das almas dos dois cônjuges*” (BEVILAQUA, 1943, p. 125). Ficava claro, a despeito das palavras do autor, que a adoção do sobrenome do marido pela esposa encerrava uma obrigatoriedade que não comportava acordo em contrário.

Ao comentar o artigo 324, aquele jurista muda o tom de sua fala (BEVILAQUA, 1943, p. 285-286). Deixa transparecer a ideia de que o sobrenome do marido era propriedade deste, apenas cedido à esposa. Ele poderia tomá-lo de volta se a mulher fosse declarada culpada e, inclusive, poderia movimentar o aparato judiciário para fazer valer sua posse como se direito real fosse.

Cessando a sociedade conjugal por desquite litigioso, se a mulher não fôr o cônjuge inocente, perde esse direito, podendo o marido acional-a civil ou criminalmente, pelo uso indevido de seu nome. O Código Civil, como o Penal, refere-se á mulher condenada na acção de desquite, porque é, precisamente, esta que pode abusar, enxovilhando o nome do marido de quem se separou.

A subordinação da mulher casada ao marido no Código Civil de 1916 era estrutural e estava refletida em diversos dispositivos. Ao outorgar ao homem a chefia da sociedade conjugal (art. 233), dava-lhe o direito de fixar o domicílio do casal, de administrar os bens comuns e de autorizar exercício de profissão pela esposa; além de ser seu o exercício do pátrio poder sobre os filhos (art. 380). Essas prerrogativas eram coerentes com a incapacidade relativa da mulher casada (art. 6º, II) e consagravam a assimetria de gênero naquele código. Afinal, o homem tinha o direito de requerer anulação do matrimônio, quando contraído com mulher que não era virgem (art. 178, §1º.; 218; 219, IV; e 220); porém, a ela não era estendida a mesma possibilidade, em igualdade de condições.

¹⁹⁰ Com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), a redação do artigo foi ligeiramente alterada, mas a obrigatoriedade da aquisição do sobrenome do marido permaneceu a mesma.

O Estatuto da Mulher Casada (lei 4.121/1962) retirou-a do rol dos relativamente incapazes. Também permitiu que pudesse exercer profissão independentemente de consentimento do marido, mas nada alterou acerca da chefia da sociedade conjugal, nem sobre a obrigatoriedade de assunção do sobrenome do marido.

A partir da Lei do Divórcio (Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977), a alteração do sobrenome da mulher deixou de ser compulsória quando do matrimônio¹⁹¹. Apesar de a norma mencionar a possibilidade de “acrescer” o sobrenome do marido, o que indicaria também a necessária manutenção do seu próprio, a prática continuou a de a esposa abandonar o de solteira e de adotar exclusivamente o do homem (ALMEIDA, 2001).

Aquela lei manteve presente a discussão da culpa quando do fim da sociedade conjugal. Dessa forma, permaneceu a assimetria anterior. Afinal, a pena da perda do sobrenome era imposta apenas à mulher, quando declarada culpada; uma vez que nada aconteceria com o sobrenome do homem, mesmo julgado culpado, pois não era lhe permitido o acréscimo do sobrenome da esposa ao seu. Ela o perderia também quando fosse sua a iniciativa da separação judicial (art. 5º. e art. 17, §1º. Da Lei do Divórcio).

Posteriormente, a Lei 8.408/1992 modificou o art. 25 da Lei do Divórcio e impôs como regra o retorno da mulher ao nome de solteira. Ela só conservaria o nome de casada se a alteração lhe acarretasse prejuízo para sua identificação, discrepância com o sobrenome dos filhos; ou dano grave reconhecido em sentença judicial (incisos I a III do parágrafo único do art. 25). Ao comentar sobre aquelas situações, ainda na vigência do Código Civil de Bevilacqua, (VENOSA, 2001, p. 179-180) dissertou acerca da absoluta excepcionalidade da manutenção do sobrenome de casada pela mulher, uma vez que *“as situações são casuísticas. Desse modo, a manutenção do nome de casada pela mulher divorciada é vista como exceção, que dependerá sempre, em última análise, de decisão judicial”*.

De fato, quanto ao sobrenome da mulher casada, havia dois momentos lógicos a serem considerados quando do matrimônio. O primeiro ocorria no casamento, com a compulsoriedade legal ou social da adoção do sobrenome do marido pela esposa. Apesar de ser facultada a adição, o que ocorria era o simples abandono do sobrenome de solteira, como frisou (ALMEIDA, 2001). O segundo se manifestava com a perda, também obrigatória, desse sobrenome quando do fim do vínculo conjugal. Como pano de fundo, encontrava-se o instituto da “culpa”, cuja apuração ocasionava prejuízos à identificação apenas da mulher. Ele permaneceu no ordenamento

¹⁹¹ A Lei 6.515/1977, chamada “Lei do Divórcio” incluiu o parágrafo único ao art. 240 do então vigente Código Civil e possibilitou que o acréscimo do sobrenome do marido ao da mulher casada fosse opcional. Art. 240. Parágrafo único. A mulher poderá acrescentar aos seus os apelidos do marido.

jurídico até a Emenda Constitucional 66/2010, que possibilitou o divórcio direto, sem prazo e sem quaisquer outros condicionamentos.

Os tribunais, na investigação da culpa, por muitas vezes adotavam uma visão condizente com sua composição, majoritariamente masculina. Nesse sentido, até a própria conduta de não utilizar o sobrenome do marido durante a vida conjugal poderia configurar, mesmo em tempos recentes, a “culpa grave” prevista na dissolução matrimonial. O Tribunal de Justiça de São Paulo, em 21/08/1989, considerou “*injúria grave*” o reiterado comportamento da mulher, de ter deixado de usar “*os apelidos do marido em diversos atos da civil*”¹⁹². Mesmo quando não apurada culpa, o “*mau procedimento*” da desquitada não condenada na ação de desquite, ou da viúva, poderiam levá-las a perder o sobrenome do marido, afirmavam os juristas e a jurisprudência em meados do Século XX (FRANÇA, 1964).

Há riquíssimas abordagens que podem ser realizadas a partir desse ponto. Boa parte delas decorrentes do reconhecimento do nome como direito da personalidade. Por questões relativas à temática deste trabalho, a análise se centrará nas questões da assimetria de gênero e do efeito contraditório que ela ocasiona sobre o discurso da “segurança jurídica” dos registros públicos.

Como visto, a alteração do sobrenome da mulher casada nunca foi considerada como um bem jurídico apto a ser tutelado pelo princípio da inalterabilidade do nome, haja vista a histórica compulsoriedade de sua adoção quando do matrimônio. Ainda que ultrapassado esse momento, há de se questionar ainda a razão pela qual a perda do sobrenome da mulher também não era protegida pela mesma inalterabilidade. Afinal, se a segurança das relações jurídicas era o bem maior a ser resguardado pelo discurso do dogma da imutabilidade do nome, uma determinada população não era por ele abrangida, ou era simplesmente invisibilizada, ou desconsiderada. É o que indica a ementa desse acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ no qual o voto do relator destaca que o acordo anterior entre os ex-cônjuges, pela manutenção do sobrenome quando da separação, perde validade diante da posterior vontade unilateral do ex-marido de que ela retorne ao nome de solteira (STJ, 1995). Ao direito potestativo do ex-marido, deveria ainda ser somado o efeito da norma cogente do art. 25 da Lei do Divórcio, que determinava o retorno da divorciada ao nome de solteira.

Divórcio. Nome da Mulher.

Não concorrendo motivo que se enquadre nas exceções da lei, quando da conversão da separação judicial em divórcio, a sentença determinará que a mulher volte a usar o

¹⁹² Acórdão proferido pela 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Lair Loureiro. A sentença afirma que esses fatos ficaram provados por meio de assinaturas em duplicatas e em atestados (ALMEIDA, 2001).

nome que tinha antes de contrair o matrimônio. Trata-se de norma cogente, de incidência imediata. Recurso conhecido e provido.¹⁹³

O argumento legal que lastreou essa decisão, de aquisição do sobrenome no casamento e de sua perda automática no divórcio, contrastava com o discurso da “indisponibilidade do patronímico” exposto em outros acórdãos contemporâneos àquele. Exemplar, nesse sentido, é o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP, 1995):

REGISTRO CIVIL – Nome de família – Supressão – Inadmissibilidade – Abandono do requerente, em tenra idade, por seu pai – Irrelevância – **Patronímico que é fundamental do nome** – Inteligência do art. 56 da Lei 6.015/73.

O que deve se extrair do art. 56 da Lei 6.015/73 é que **os apelidos (no plural) de família, tanto paterna, quanto materna, não podem ser prejudicados**, em qualquer pedido de alteração.

Outrossim, são irrelevantes quaisquer elementos subjetivos que procurem justificar a supressão, como o abandono do requerente, em tenra idade, por seu pai, que nunca mais voltou a procurá-lo, nem lhe deu assistência alguma.

Assim, **o patronímico paterno é elemento fundamental do nome. Realmente é o sinal revelador da procedência da pessoa, indicando sua filiação, sua estirpe.**

(grifos meus)

Neste caso do acórdão do TJSP, a despeito da repulsa percebida pelo requerente contra seu pai biológico, prevaleceu o discurso formalista da inalterabilidade do nome. Perceba-se, em contraponto, que o fundamento central do acórdão, de o sobrenome ser revelador da origem da pessoa, era um tema totalmente desconsiderado quanto à mulher casada. Ela poderia perder qualquer indicação de sua origem, tendo seu sobrenome substituído integralmente pelo do homem, por simples decorrência de uma regra legal. O mesmo ocorria, mas em sentido inverso, quando do término da sociedade conjugal, em que lhe era retirado compulsoriamente o nome de casada, como se fosse propriedade exclusiva do ex-marido. Pouco relevantes, neste caso, seriam os efeitos sobre sua vida profissional ou as dificuldades de identificação que a partir dali decorreriam.

Os motivos desse tratamento díspar provavelmente se encontram nas históricas desigualdades de gênero, como apontado anteriormente. No caso específico do sobrenome da mulher casada, um razoável indício pode se encontrar no fato de que ao homem casado apenas foi autorizada a adoção do sobrenome da esposa a partir do Código Civil de 2002¹⁹⁴. Ou seja, até antes dessa mudança legislativa, esse assunto era uma preocupação exclusiva do gênero

¹⁹³ REsp 57.007-RJ, Rel. Min. Costa Leite, julgado em 14/08/1995 – 3ª. Turma. As exceções da lei às qual o relator se refere são as dispostas no art. 25 da Lei do Divórcio.

¹⁹⁴ Código Civil, Art. 1.565. § 1º. Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

feminino. Afinal, de forma contrastante, na mesma época, o STJ reafirmou o princípio da inalterabilidade do nome em outro acórdão (STJ, 1994):

Registro Civil. Alteração do nome, mediante supressão, em parte, do prenome e do patronímico materno. Inviabilidade.
 Após o decurso do primeiro ano da maioridade, só se admitem modificações no nome em caráter excepcional e mediante comprovação de justo motivo.
 Não justifica a alteração do nome o simples fato de ser o interessado conhecido profissionalmente pela sua forma abreviada.
 Recurso especial não conhecido.

Não se desconhece que, no caso da mulher casada, havia legislação específica que lhe determinava um tratamento discrepante no tema da inalterabilidade do nome. Essa legislação, todavia, apesar de ser pretensamente neutra, ou seja, de ser dirigida a uma generalidade de pessoas, ocasionava um impacto desproporcional apenas a uma determinada população, ou seja, a das mulheres casadas.

A situação começou a ficar insustentável com a maior inserção da mulher no mercado de trabalho. Ao abandonar a tradicional figura de mera companheira do homem, considerado até então como único responsável pela subsistência econômica da família¹⁹⁵, a mulher começou a ascender profissionalmente.

A manutenção do sobrenome de casada ganhou relevância jurídica nos tribunais, inicialmente porque interessava a classes de alto poder aquisitivo. Afinal, o sobrenome do cônjuge passara a integrar o nome da mulher quando do casamento. Deixara de pertencer exclusivamente ao marido, mas se incorporara à identidade da esposa, como seu direito de personalidade. Nesse sentido, por incorporar essa nova visão, merece destaque o seguinte acórdão do STJ (STJ, 2002), proferido no REsp 358.598-PR, julgado em 17/09/2002, de relatoria do Ministro Barros Monteiro:

Conversão de Separação Judicial em Divórcio. Supressão do Nome de Casada. Exceções previstas no Art. 25, Parágrafo Único, Incisos I e II, da Lei nº 6.515 de 26.12.1977. Cerceamento de Defesa. Inocorrência.
 - Em princípio, cabe ao Tribunal de 2º grau, sopesando os termos do contraditório e os elementos probatórios coligidos nos autos, decidir sobre a necessidade ou não da produção de prova em audiência.

¹⁹⁵ Era esse o espírito do Código Civil de Bevilacqua, após modificação pela Comissão revisora, quando decretou a incapacidade relativa da mulher da casada. O jurista assim justificou: “*Efetivamente, se ao marido compete a representação legal da família, a administração dos bens comuns, e dos próprios da mulher, segundo o regime adotado; se ao homem, como chefe da sociedade conjugal, cabe o direito de fixar o domicílio da família e de autorizar a profissão da mulher; esta, por sua vez, goza de direitos extensos, no círculo das relações domésticas, e tem meios de conter e fiscalizar a ação do marido (...)*” (BEVILAQUA, 1944, p. 199/200). Esta contextualização histórica é necessária porque, como afirmado, o dogma da inalterabilidade do nome, que surgiu no ordenamento jurídico nacional em 1928, surgiu desse mesmo legislador, que hierarquizava e inferiorizava populações.

- Acórdão recorrido que conclui acarretar a supressão do nome da ex-mulher prejuízo à sua identificação. Matéria de fato. Incidência da Súmula nº 7-STJ. Preservação, ademais, do direito à identidade do ex-cônjuge.
- Distinção manifesta entre o sobrenome da mãe e o dos filhos havidos da união dissolvida, não importando que hoje já tenham estes atingido a maioridade. Recurso especial não conhecido.

No voto do Ministro Relator, acolhido por unanimidade, há referências de que a perda do sobrenome “Prosdocimo” produziria prejuízo evidente à identificação da mulher. Nesse sentido, são realizadas referências às “*atividades profissionais, filantrópicas, sociais e culturais*” em que ganhou notoriedade e evidência com aquele sobrenome. De fato, ela era sócia de empresas, juntamente com os filhos, participava de entidades beneficentes e, em seu novo relacionamento, era Consulesa do Equador.

Posteriormente, a leitura do nome da pessoa natural como atributo da personalidade ganhou mais espaço nos tribunais superiores. O princípio da dignidade humana levou a um processo de constitucionalização da Lei de Registros Públicos¹⁹⁶. O STJ avançou nesse sentido com diversos acórdãos recentes. Dentre esses avanços, relativamente ao nome da mulher casada, devem ser mencionados:

- 1) Admissibilidade de retorno ao nome de solteiro na constância do casamento (STJ, 2021);
- 2) Admissibilidade de retorno ao nome de solteiro após a viuvez (STJ, 2018);
- 3) Admissibilidade de inclusão do sobrenome do cônjuge durante a constância do casamento, mesmo quando não exercida essa opção quando da habilitação do matrimônio (STJ, 2019); e
- 4) Impossibilidade de a decretação de revelia, na ação de divórcio, implicar perda do sobrenome adotado por ocasião do casamento, quer por se tratar de um direito de personalidade, quer pelo seu uso continuado e consolidado por muitos anos (STJ, 2018).

5.4 O NOME DA PESSOA TRANSEXUAL

Durante muito tempo, a transexualidade foi considerada uma doença mental pela Organização Mundial de Saúde – OMS. É o que afirmava a Classificação Estatística Internacional

¹⁹⁶ Uma das razões para esse processo de constitucionalização ser lento e tardio pode ser encontrada em valores e nos institutos jurídicos tutelados pela Lei 6.015/1973, ou seja: a possibilidade de reconhecimento apenas da família formada pelo casamento (registro civil); a formalidade que cerca o registro das associações legalmente constituídas (com desprezo às posteriores organizações não-governamentais e aos coletivos, que são excluídos devido ao excesso de exigências para constituição); e a centralidade no direito de propriedade e nos demais incidentes sobre ela (registro de imóveis).

de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID-10¹⁹⁷ (OMS, 2021). Essa classificação representava a pretensão do saber médico de se apossar do corpo de atores que, por não se adequarem ao conceito essencializado de gênero, são estigmatizados pela sociedade.

De fato, desde a Idade Média, nos países centrais e nas suas colônias, consolidou-se uma moral sexual ligada ao pecado e vinculada apenas à reprodução. Todas as condutas consideradas desviantes eram criminalizadas pela religião, cuja influência se fazia sentir nas consolidações das normas seculares. Em Portugal, a repressão à sodomia vinha ao menos desde as Ordenações Afonsinas, datadas de 1446. Estas, em seu Livro 5º., Título XVII (PORTUGAL (REINO), 1984, p. 53-54), afirmavam que:

Dos que cometem peccado de Sodomia.
Sobre todollos pecados bem seer mais torpe, çujo, e deshonetto o peccado da Soomia, e nom he achado outro tam avorrecido ante DEOS, e o mundo, como elle; porque nom tam soamente por elle he feita offensa ao Creador da natureza, que he Deos, mais ainda se pode dizer, que toda natura criada, assy celetial como humanal, he grandemente ofendida(...). E ainda se lee, que por este peccado lançou DEOS o deluvio sobre a terra, quando quando mandou a Noé fazer huã Arca, em que espasse el, e toda sua geeraçom, per que reformou o mundo de novo; e por este peccado foverteo as Cidades de Sodoma, e Gomorra (...). E porque segundo a qualidade do peccado, assy deve gravemente seer punido: porem Mandamos, e poemos por Ley geeral, que todo homem, que tal peccado fezer, per qualquer guifa quer seer possa, seja queimado, e feito per fogo em poo, por tal que já nunca de seu corpo, e sepultura possa seer ouvida memoria.

Nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, a condenação a essa prática continuou. Considerada textualmente um crime de lesa-majestade, sua pena foi ampliada. Passou a abranger o confisco dos bens do condenado em favor da Coroa, além da imposição da infâmia e da inabilitação aos seus filhos e netos. A competência para o julgamento desses crimes era do Juízo Eclesiástico, mesmo contra condutas praticadas no Brasil¹⁹⁸, por meio da Santa Inquisição. A execução da pena, por sua vez, era realizada pelos juízes seculares (ALMEIDA, 1870), providência adotada a partir do “*Alv. de 18 de Janeiro de 1614 notando o grande numero de culpados deste delicto*” (ALMEIDA, 1870, p. 1162).

¹⁹⁷ A CID-11 entrou em vigor a partir de 01/01/2022 e em seu novo texto não mais considera a transexualidade como doença.

¹⁹⁸ Sobre relatos de condenação pelo crime de sodomia cometido no Brasil Colônia, vide (SILVA, 2018). Nessa obra, o autor se utiliza da ferramenta denominada “micro-história” para relatar o processo que culminou na condenação pelo crime de sodomia, na jurisdição do Tribunal do Santo Ofício Português do Século XVIII, de um artesão pernambucano.

O advento da Modernidade retirou da Igreja o monopólio do julgamento dos crimes contra os costumes e os trouxe para a órbita estatal¹⁹⁹. Essa época coincidiu com o surgimento de um discurso médico que, a partir de meados do Século XIX, patologizou todas as condutas divergentes do padrão cis-heteronormativo. As sexualidades ditas “perversas” deixaram de ser reprimidas apenas pela prática de um ato interdito (sodomia), mas pela adoção de um modo de vida doentio. “*O homossexual do século XIX tornou-se uma personagem: um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida*” (FOUCAULT, 1997, p. 43).

O homossexual representava a subversão de um modelo baseado na família monogâmica, com finalidades reprodutivas. Esta seria uma instituição que, ao lado de outras, como o exército, a polícia ou a medicina individual, permitiu o desenvolvimento do biopoder como elemento essencial para o capitalismo, cujo desenvolvimento “*só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos*” (FOUCAULT, 1997, p. 132).

Por esse motivo era relevante manter uma moral ascética, emoldurada em um crescimento demográfico que produzisse corpos dóceis para a indústria. Daí porque sexualidades periféricas deveriam ser reprimidas não mais por uma ótica religiosa, mas pelo saber médico. Sob essa nova perspectiva, “*a homossexualidade apareceu como uma das figuras da sexualidade quando foi transferida, da prática da sodomia, para uma espécie de androgenia interior, um hermafroditismo da alma. O sodomita era um reincidente, agora o homossexual é uma espécie*” (FOUCAULT, 1997, p. 43-44).

A seu turno, os dissidentes de gênero²⁰⁰ sempre fizeram parte da história humana, mas deles resta pouca memória²⁰¹. Há relatos da existência de “*crossdressers*”²⁰² nos Estados

¹⁹⁹ É de ressaltar-se, todavia, que, nos Estados Unidos da América o “*case Bowers v Hardwick*” (1986) somente foi superado pelo “*Lawrence v Texas*” (2003), todas decisões da Suprema Corte. O primeiro caso tratava de uma lei do Estado da Virgínia, que criminalizava a prática da sodomia consensual entre adultos, julgada constitucional no caso concreto. O segundo representou a superação desse julgamento; porém, no contexto da liberdade, mais do que no da privacidade (BREST, LEVINSON e BALKIN, 2018). É interessante mencionar também a reflexão sobre o uso, pelo Justice Kennedy, do direito estrangeiro, em seu voto, e a análise geral desse instrumento pelos membros da Suprema Corte, quer como evolução do pensamento civilizatório, quer como uma simples visão do direito comparado.

²⁰⁰ Dá-se a preferência pela utilização desse termo porque, historicamente, o conceito de “transgênero apenas surgiu em meados da década de 1960 (STRYKER, 2017). Seria anacronismo tratar as manifestações não-binárias de gênero por aquele conceito antes da época de seu surgimento, principalmente porque elas estavam imersas em contexto histórico-cultural diverso.

²⁰¹ Heliogábalo, imperador romano entre os anos de 218 e 222, foi descrito por historiadores modernos como homossexual, característica que não necessariamente feria a moral da época, exceto se ele não ocupasse a posição viril e não fosse comedido na manifestação de seus desejos (FOUCAULT, 2020). Heliogábalo, todavia, era um dissidente de gênero, pois se comportava e se vestia como uma pessoa do gênero feminino (ARTAUD, 2018).

²⁰² Pessoas que se vestem com a indumentária de gênero diverso daquele que lhe foi atribuído quando do nascimento.

Unidos a partir da metade do Século XIX. Como esse comportamento era considerado “indecente” pela moral da época, foram promulgadas cerca de 34 leis municipais que proibiam essa conduta, em 21 estados diferentes, até o final daquele século. Essas normas, muito mais do que retratos de um tempo, tiveram longa vigência e foram extremamente úteis para reprimir sexualidades dissidentes no decorrer do Século XX (SEARS, 2015, p. 6):

Cross-dressing laws come into focus as a central mechanism for policing a whole series of “belongings” – not only the items of clothing that “belonged” to a specific sex but also the types of people that “belonged” in public space and the types of bodies that “belonged” in the categories of man and woman.²⁰³

A transexualidade foi reconhecida como tema do saber médico a partir do final do Século XIX. Magnus Hirschfeld, médico alemão, fundou em 1897 o “Scientific-Humanitarian Committee” em Berlin, reconhecidamente o primeiro instituto que se dedicou a cuidar das minorias sexuais. Ele trabalhou junto à polícia berlinense para que ela parasse de perseguir e de prender transexuais, pois argumentava que apenas a medicina poderia tratar deles. Realizou em 1931 a primeira cirurgia de readequação genital que se tem notícia e montou extensa biblioteca sobre diversidade sexual em decorrência de suas pesquisas. Durante o período de ascensão da extrema-direita, porém, Hirschfeld, que era socialista e homossexual, foi denunciado por Hitler como o “mais perigoso judeu da Alemanha”. Seu instituto foi saqueado e destruído pelos nazistas; sua biblioteca, incendiada; e o pesquisador morreu logo em seguida, no exílio (STRYKER, 2017).

Harry Benjamin trabalhou no “Scientific-Humanitarian Committee”. Também médico e alemão, radicado nos Estados Unidos, ele criou uma nova categoria de psicopatologia: o “transtorno de identidade de gênero”. Incluído na 4ª. Edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM), de 1980, da Associação Americana de Psiquiatria, representou a definitiva patologização da transexualidade. Essa classificação trouxe sentimentos contraditórios para os assim considerados “doentes”, pois ao mesmo tempo em que eram considerados portadores de transtorno mental, essa condição lhes permitia acesso aos tratamentos médicos que permitiam sua transição de gênero (STRYKER, 2017).

Surgiu no discurso médico o chamado “transexual verdadeiro”. Não bastava os pretendentes a tratamento médico e cirúrgico terem a convicção de serem transexuais. “*É necessário*

²⁰³ Em tradução livre: “As leis que tratavam de “*crossdressing*” ganham destaque como um mecanismo central para policiar toda uma série de ‘pertencimentos’ - não apenas os itens de vestuário que ‘pertenciam’ a um sexo específico, mas também os tipos de pessoas que ‘pertenciam’ ao espaço público e os tipos de corpos que ‘pertenciam’ às categorias de homem e mulher”.

ser outorgada a ele/a a chancela de TRANSEXUALISMO; é o diagnóstico médico que legitima sua identidade (transexual)” (TEIXEIRA, 2013, p. 109). Em última análise, peritos tinham a incumbência de determinar se aquela pessoa era realmente portadora de um transtorno de identidade de gênero. Seus laudos é que lhe abririam a possibilidade de realização das intervenções corporais por ela desejadas.

A avaliação de sua própria identidade por terceiros, ainda que especialistas, passou a ser duramente criticada a partir do início dos anos 2000. Buscou-se, então, livrar a transexualidade de seu histórico enfoque patologizante e fazê-la assumir o do reconhecimento de gênero auto-percebido (BENTO, 2012).

Esses esforços se materializaram em junho de 2018, quando do lançamento do manual da CID-11. A transexualidade passou a ser chamada de incongruência de gênero, não mais alocada em capítulo relativo a transtorno relacionado à saúde mental, mas em outro, que trata da medicina sexual e de gênero. Hoje se *“entende a transexualidade como mais uma apresentação da diversidade humana, não sendo e não devendo ser considerada como uma doença mental”* (SAADEH, 2019, p. 38). Refere-se à divergência entre o sexo biológico atribuído quando do nascimento e a identidade de gênero, que é autopercebida. Esta, segundo definição constante na Introdução aos Princípios de Yogyakarta pode ser considerada como:

Identidade de gênero [é] a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

(CLAM, 2006)

A identidade de gênero, aliada ao papel de gênero vivenciado em sociedade pela pessoa transexual é totalmente discrepante da sua identificação civil, na qual constam indicados o prenome e o sexo de nascença. A dissonância entre a aparência física e os dados constantes nos documentos pessoais gera, além de constrangimentos diários, discriminações no acesso a serviços públicos e privados. Não se trata apenas de uma questão burocrática, restrita aos documentos produzidos em registros públicos ou em institutos de identificação. Com efeito, ao comentar as informações constantes no processo de retificação de prenome e sexo da transexual Bruna, que faleceu antes do provimento de seu recurso pelo STJ, (CARVALHO, 2019, p. 58) afirma que:

Apesar de aparentemente ser mulher e de se considerar mulher, Bruna enfrentava o fato de em seu registro ainda constar o nome de homem que lhe havia sido dado no nascimento e seu sexo como masculino. Tal fato causava constrangimento, humilhação e dor quando ela precisava realizar os atos mais básicos da vida civil em que é

necessário a apresentação de documento de identidade, como a abertura de conta bancária, viagens de avião ou a apresentação da carteira de trabalho, dentre outros.

Relatos como este, mas em primeira pessoa, repetem-se no cotidiano de pessoas transexuais cujos documentos ainda não foram alterados. Seus reflexos são mais densos quando a disparidade documental respalda atitudes discriminatórias que negam direitos fundamentais básicos, como o direito à saúde (TEIXEIRA, 2013, p. 162):

De uma forma grosseira e em tom áspero, ele dirigiu sua fala à minha pessoa. ‘Quem é este aqui?’ Apontando para meu nome masculino no prontuário médico. Eu disse: ‘Sou eu’. Ele disse: ‘e quem é esse aqui?’ apontando para o nome [feminino] no papelzinho, e eu disse: ‘sou eu’. O médico apontando para o nome no prontuário e em seguida para o nome no papelzinho, nessa ordem, disse: ‘Eu atendo este aqui, mas não este aqui’. Mesmo percebendo a agressividade e a falta de respeito do médico para comigo, eu mantive o bom senso e disse a ele: ‘Doutor, tudo o que for documental, receitas, exames etc., o senhor faz como se deve, ou seja, usa o nome que está registrado no prontuário médico, mas por respeito à minha pessoa, o senhor, por favor, me trate no feminino. O doutor me deu a seguinte resposta: ‘Você não entendeu! Eu atendo o XXXX, mas você eu não te atendo’.

Percebe-se que a verificação da divergência entre documento e o gênero vivenciado tem o efeito imediato de criar uma não-pessoa, alguém cuja humanidade não é reconhecida pelo outro. Sobre o tema dos limites da cognoscibilidade de alguém, diante das normas de gênero, (BUTLER, 2006, p. 55):

Si no somos reconocibles, entonces no es posible mantener nuestro próprio ser y no somos seres posibles; se nos há anulado esta posibilidad. Pensamos em las normas del reconocimiento como algo que quizá se halla ya em el mundo cultural em cual nacemos, pero estas normas cambian y com los cambios de estas normas llegan cambios sobre lo que que considera y lo que no considera reconocible como humano.²⁰⁴

A ausência de reconhecimento como humano implica na retirada dessa pessoa de todas as hierarquias sociais. Ainda que alguém incorpore as normas, reitere-as, e adquira o “efeito da passabilidade” (ou da “autenticidade”), essa pessoa se torna vulnerável à violência se houver dissonância “*entre aquilo que se mostra e aquilo que significa*”, como no caso da documentação pessoal. Mais adiante, (BUTLER, 2021, p. 222), ao discorrer sobre o desempenho de uma personagem transgênera em um filme relata que qualquer falha a torna “*vulnerável à violência homofóbica; em última instância, sua vida é supostamente tirada por um cliente que, após a descoberta do que ela chama de ‘pequeno segredo’, a mutila por ela tê-lo seduzido*”.

²⁰⁴ Em tradução livre: “Se não somos passíveis de reconhecimento, então não é possível manter o nosso próprio ser e não somos seres possíveis; se nos foi negada essa possibilidade. Pensamos nas normas do reconhecimento como algo que talvez se encontre já no mundo cultural no qual nascemos, porém, estas normas mudam, e com as mudanças destas normas chegam mudanças sobre o que se considera e o que não se considera reconhecível como humano.”

Assim, o processo de transição de gênero do transexual não depende apenas de tratamentos médicos, cirúrgicos e hormonais. Há uma etapa jurídica, que é a adequação documental à realidade fática do gênero vivenciado. A nova identidade civil, porém, dependerá inicialmente da averbação de prenome e de sexo no registro civil. Somente a partir desta, será possível confeccionar outros documentos que reflitam para a sociedade a identidade de gênero daquela pessoa.

Porém, nunca existiu no Brasil uma norma que tratasse especificamente dessas alterações. Este vácuo jurídico fazia com que essas pessoas tivessem de se socorrer ao Judiciário para alterar seus registros. Como grande obstáculo havia o mencionado dogma da inalterabilidade do nome, além de leituras essencialistas do texto da Lei de Registros Públicos emprestadas por seus intérpretes.

Colaborou para esse cenário a dificuldade de se alterar a legislação que trata do assunto. Afinal, o ativismo contra a agenda de direitos reprodutivos e das minorias sexuais e de gênero no Poder Legislativo Federal data desde a época da Assembleia Nacional Constituinte. Esse trabalho dos setores conservadores da sociedade fez com que não fossem aprovadas iniciativas ligadas a essa pauta e fossem também barrados projetos do Poder Executivo, como o Programa Escola sem Homofobia, em 2011 (LACERDA, 2019)²⁰⁵.

Esse viés encontrado no Parlamento também se repetiria em diversos acórdãos proferidos pelos tribunais. Os pleitos de retificação eram recusados com base em dois argumentos básicos: determinismo biológico e o dogma da inalterabilidade do nome. Paradigmático nesse sentido é o acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná no processo 30019-8, datado de 08/11/1994, Relator Desembargador Osiris Fontoura. A argumentação nele desenvolvida, de acordo com o argumento lógico da “*redução ao absurdo*”, consideraria pertencentes ao sexo masculino mulheres cisgêneras histerectomizadas, ou simplesmente inférteis:

Retificação no registro civil – Conversão de sexo masculino para feminino – Inadmissibilidade – **Transexualismo** – Cirurgia para mudança de sexo – **Procriação** – **Impossibilidade** – Estado civil – Capacidade – Casamento – Requisitos diferença de sexo – Ausência – **Lei de Registros Públicos** – **Vedação**. Apelação provida.

Ação que visa retificação no registro civil e conversão de sexo masculino para o feminino. Mesmo tendo o apelado se submetido a cirurgia de mudança de sexo, o pedido de retificação no assento de nascimento não pode prosperar. Caracteriza-se o

²⁰⁵ Marina Basso Lacerda realizou levantamento, de 2002 a 2016, em sua tese de doutorado, sobre a crescente mobilização dos deputados conservadores contra a agenda dos direitos sexuais e reprodutivos, que englobam os direitos feministas e os das minorias sexuais, medida por quantidade de iniciativas legislativas apresentadas contrárias a esses direitos (LACERDA, 2019). A partir dos dados apresentados, verifica-se que não houve um *backlash* imediato com a aprovação da união estável homoafetiva pelo STF; mas a partir de 2014, no início da 55ª. Legislatura, houve um aumento de iniciativas legislativas conservadoras (mais de 600%) o que indica uma mudança na dinâmica do funcionamento do Legislativo, nas palavras da autora.

transexualismo quando os genitais afiguram-se como de um sexo, mas a personalidade atende a outro. Porém os transexuais, mesmo após a intervenção cirúrgica, não se enquadram perfeitamente neste ou naquele sexo, acarretando-se problemas graves com tal intervenção. **Não se constitui, ademais o apelado como sendo do sexo feminino uma vez que há impossibilidade de procriação porquanto não possui o mesmo os órgãos internos femininos.** Ao se deferir o pedido do apelado estar-se-ia outorgando a este uma capacidade que efetivamente não possui. Por outro lado, ao permitir-se a retificação do nome e sexo do apelado em possível casamento que venha a realizar, estaria contrariando frontalmente o ordenamento jurídico vigente, ademais ausente um dos requisitos para o casamento, qual seja, a diferença de sexos. **A Lei de Registros Públicos veda a alteração pretendida, tutelando interesses de ordem pública.**

(grifos meus)
(TJPR, 1994)

De fato, essa linha argumentativa existiu desde as primeiras manifestações colegiadas do Judiciário. Seu fundamento recorre a uma ideologia essencialista, que se utiliza da biologia como a única modalidade de ciência merecedora de crédito. Deve-se lembrar que, desde a década de 1960, já eram predominantes nas ciências sociais as teorias que afastavam a ligação simbiótica entre sexo e gênero (BEAUVOIR, 2019). Porém, o diálogo interdisciplinar não era considerado nessas decisões; e o princípio da imutabilidade do nome, além de não oferecer respostas dignas, era usado como pretexto para negar pedidos de alteração de sexo e de prenome de transexuais.

Ilustrativo de um pensamento que vincula o determinismo de uma pretensa “verdade biológica” ao princípio da veracidade dos registros públicos pode ser encontrado no pensamento de Ricardo Dip, desembargador do TJSP e reconhecido escritor de livros jurídicos, principalmente na área de registros públicos. Nos seus textos, ele expõe, de forma direta, o que pensa boa parte da magistratura brasileira.

Após afirmar tratar-se o “transexualismo” uma fraude, aquele desembargador paulista aconselha que os portadores dessa “*inclinação anômala*” deveriam “*submeter-se a uma terapia educativa apropriada e subordinar-se aos superiores ditames da ordem moral*”. Mais adiante, ele expõe (DIP, 2003, p. 56) seu julgamento sobre os efeitos de eventuais intervenções cirúrgicas a que homens trans se submeteriam, culminando com uma comparação depreciativa que ele julga similar ao que ocorre para aquelas pessoas:

A Semprônia, suponhamos, sente uma pulsão transexual, convencendo-se que é um erro da natureza; rechaça o próprio sexo (diversamente do que ocorre com o homossexual, que tende ao próprio sexo); procura um desses técnicos que lhe façam a mastectomia (*i.e.*, a extirpação cirúrgica dos seios), a histerotomia (extirpação do útero e dos ovários) e lhe construam um pênis artificial, alguma vez com tecidos vivos tomados do abdômen ou de uma das pernas, outra vez produto de plástico inflável. Quer isso dizer que a Semprônia virou Mélvio? Se colarmos a tromba de um elefante numa cadelinha, ela *vira* uma elefanta?

(grifos do original)

Ao julgar indevida qualquer retificação de registro público para pessoas transexuais, aquele jurista paulista, falando por meio de personagens, em seu livro (DIP, 2003, p. 57), arre-mata:

Uma coisa – acrescentou o jurista – é retificar um erro de enunciação registral do sexo de uma criança: p.ex. registra-se que Semprônia é do sexo masculino, quando, de fato, é mulher. Isso se corrige. Outra coisa, muito diversa, é pretender registrar que Semprônia – cujo sexo real cromossômico (que é objetivo), gonádico e fenotípico é o feminino – **virou Mélvio apenas porque lhe implantaram umas tantas próteses ou uns retalhos de pele.** (grifos meus)

O pensamento do desembargador vai além. Para ele, as intervenções cirúrgicas envolvidas na transição de gênero seriam uma “farsa” criada por cirurgiões e psiquiatras. Afinal, o que ocorreria, na prática, seria uma “castração” que não resolveria os problemas internos do transexual, uma vez os novos órgãos sexuais seriam falsos. É o que ele conclui (DIP, 2003, p. 59), ao referenciar o seguinte trecho em espanhol: “*todo ello no es más que um simulacro grotesco que inutilmente se trata de disimular. (...) El presunto cambio de sexo operado em los transexuales es una mutilación castrativa y no um cambio de sexo*”²⁰⁶.

Comparações como esta se assemelham à fala da feminista Janice Raymond, autora de “*Transsexual Empire – The Making of the She-Male*”. Ao comparar os pleitos de um transexual e o de uma pessoa negra que, hipoteticamente, deseja desesperadamente tornar-se branca, a autora ironiza e afirma que apenas o do primeiro é albergado pela medicina. Ela complementa que a mera “insatisfação” com o gênero, da pessoa transexual, seria incomparável com a opressão psicológica vivida pelo negro²⁰⁷ (RAYMOND, 1994). Apesar de negar peremptoriamente qualquer determinismo biológico, que geraria identidades essencializadas, afirma que a “história biológica”, que apenas os cromossomos XX conferem à mulher, torna inacessível a condição feminina aos homens. Nesse sentido, reflete que a biologia feminina conformaria a história da mulher e de sua condição subordinada em uma sociedade dominada por homens. Nada disso, segundo aquela autora, seria acessível à pessoa transexual.

O “Princípio da Veracidade” dos registros públicos, na leitura de juristas como o Desembargador Ricardo Dip, tem como interpretação uma verdade constatada, ou imposta, quando do nascimento da pessoa. Ao combinar-se com o “Princípio da Imutabilidade”, eles se tornam

²⁰⁶ Em tradução livre: “Tudo isto não é mais do que um simulacro grotesco que inutilmente se trata de dissimular. (...) A presumida mudança de sexo operada nos transexuais é uma “mutilação emasculante, e não uma mudança de sexo”.

²⁰⁷ A partir da leitura do texto, verifica-se um “lapso” lógico no raciocínio da autora. Ela disserta inicialmente acerca da vontade de um negro tornar-se branco para concluir em seguida que seria terrível a opressão psicológica do negro. Não é possível concluir se essa opressão é devida ao racismo estrutural ou à hipotética “vontade de ser branco” (RAYMOND, 1994, p. xv-xvi).

instrumentos para manutenção de uma realidade ficta, no caso do transexual, presente apenas nos assentos dos cartórios de registro civil. A força dessa corrente de pensamento, que explicita conceitos sobre o que seria normal a partir do que seria uma visão “natural” de gênero, pode ser encontrada em acórdãos semelhantes a este, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ, 1997), Apelação 1993.001.06617, Relator: desembargador Geraldo Batista, julgado em 18/03/1997.

RETIFICAÇÃO DE NOME NO REGISTRO CIVIL. MUDANÇA DE NOME E DE SEXO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

O homem que almeja transmudar-se em mulher, submetendo-se a cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma “genitália” com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus à retificação de nome e de sexo, porque não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza. Se o requerente ostenta a aparência feminina, incompatível com sua condição de homem, haverá de assumir as consequências, porque a opção foi dele. O Judiciário, ainda que em procedimento de jurisdição voluntária, não pode acolher tal pretensão, eis que a extração do pênis e a abertura de uma cavidade similar a uma neovagina, não têm o condão de fazer do homem, mulher. Quem nasceu homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência.

A manutenção, no registro civil, de informações que não mais condizem com a realidade daquela pessoa, é fundamentada em princípios da Lei de Registros Públicos que dizem buscar a “segurança jurídica” das relações intersubjetivas. A supremacia de tais princípios no discurso dos operadores do extrajudicial, ou seja, da imutabilidade e da veracidade, reflete o mesmo ideário liberal, centrado em valores do mercado, presente desde o nascimento dos registros públicos. Estes, de acordo com o desenvolvido no Capítulo 3 deste trabalho, nasceram na segunda metade do Século XIX com o propósito de garantir segurança para a mudança de eixo da economia brasileira, que deixava de ser baseada da mão-de-obra escrava e buscava novas fontes de financiamento.

Esse pensamento é baseado na visão estritamente patrimonialista que predominava no direito privado daquela época. É uma clara subordinação da dignidade da pessoa humana a um formalismo que caracterizou o direito do Século XIX, mas cujos efeitos perduram até os dias atuais.

Mais adequada seria uma interpretação sistemática do direito, de sorte a permitir alterações nos registros públicos quando estes não mais condizem com a realidade; e os dados nele inscritos impedirem o pleno desenvolvimento da personalidade, trazendo dores e constrangimentos. Esta visão está adequada à metodologia do direito civil constitucional, centrada na dignidade da pessoa humana. Longe de sua pretensa imutabilidade, nome e sexo deveriam estar consagrados como espaços de autodeterminação do titular do registro. Este não pertence ao

oficial do cartório, nem ao Estado, mas sim àquela pessoa cujos dados estão transcritos nos assentos.

Afinal, desde a Resolução 1.652/2002²⁰⁸, do Conselho Federal de Medicina, foi autorizada, em caráter não mais experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização no Brasil. Ainda que sob um viés patologizante, como um tratamento para o “transexualismo”, cuida-se de uma intervenção permitida pelo ordenamento jurídico, de acordo com o art. 13 do Código Civil²⁰⁹. Todavia, a licitude desse tratamento tinha, contraditoriamente, seus efeitos concretos negados em muitos tribunais sob o argumento formalista de obediência a “Princípios da Lei de Registros Públicos”. Nesses casos, sequer era considerada a norma positivada que vedava a “*exposição ao ridículo*”, que o nome de registro causava ao transexual²¹⁰.

O apego excessivo a formalidades no sistema de registros públicos, em uma interpretação fetichista que privilegia apenas uma afirmada “verdade imutável”, acaba por desvirtuar seus objetivos. O distanciamento proposital da realidade, materializada no direito à plena autonomia pessoal, faz com que ele perca o sentido (SCHREIBER, 2014, p. 210):

A função do registro civil é dar segurança à vida em sociedade. Um registro civil que atribua a uma pessoa um sexo que ela não ostenta na vida social é um registro “falso”, “errado”, que exige retificação. Tal qual o nome, o sexo deve ser visto não como um estado registral imutável ou como uma verdade superior ao seu titular, mas como um espaço essencial de realização da pessoa humana.

A jurisprudência, com o tempo, ganhou outros contornos (INTERDONATO e QUEIROZ, 2017). Da negativa absoluta, alguns acórdãos passaram a admitir as retificações no registro civil desde que a pessoa tivesse anteriormente se submetido a cirurgia de readequação genital. Outros, mesmo após a cirurgia, admitiam apenas a mudança de prenome, mas não a de sexo. Outros, ainda, faziam constar alternativas discriminatórias, como a alteração de sexo para “*transexual*”; ou a observação, no registro público, de que o sexo fora alterado por decisão judicial.

Inovação, nos tribunais superiores, veio a partir do já mencionado REsp 1.008.398-SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 15/10/2009, na Terceira Turma do STJ (STJ, 2009). Apesar de o acórdão partir da base fática de a transexual já ter sido submetida à cirurgia de readequação genital, seus fundamentos oferecem uma forma renovada de ver o

²⁰⁸ Atualmente é vigente a Resolução CFM 2.265, de 20 de setembro de 2019, que trata a transexualidade como “incongruência de gênero”.

²⁰⁹ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

²¹⁰ Lei 6.015/1973, Art. 55. Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores.

direito para o sistema dos registros públicos. Ele destaca que a identidade sexual é uma parcela da identidade; portanto, o pedido de alteração de registro deve ser visto sob a ótica do princípio da dignidade humana. Mais ainda, interpreta o registro como instrumento conexo à vida da pessoa, não como um fim em si mesmo. Pensar o contrário serviria apenas como um indicativo para a hierarquização social daqueles que não adequam às normas de gênero.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.008.398 – SP (2007/0273360-5)

Direito civil. Recurso especial. **Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.**

- A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. - A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

(...)

- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que **os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo**, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido. - Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73.

(...)

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, **negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social**, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado.

Recurso especial provido.

(grifos meus)

O STF apenas se pronunciou definitivamente sobre o tema da alteração do registro civil do transexual na ADI 4.275-DF, julgada em 01/03/2018, Rel. Min Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Edson Fachin (STF, 2018). Nele se deu interpretação conforme à Constituição e ao Pacto de San José de Costa Rica ao art. 58 da Lei de Registros Públicos. Foi reconhecida a

possibilidade aos transgêneros²¹¹, por simples declaração, modificar nome e sexo diretamente no registro civil.

O acórdão abriu a possibilidade de o transgênero, sem a necessidade de apresentação de laudo de terceiro ou de realização de procedimento cirúrgico prévio, requerer sua alteração de prenome e sexo, por via administrativa ou judicial. Abriu-se, para a realidade jurídica brasileira a perspectiva da “*despatologização das identidades trans*”, já adotada de maneira mais ampla²¹², em termos de direito comparado, na Argentina, por meio da Lei 26.743²¹³, de 23/5/2012, mencionada no voto do Ministro Alexandre de Moraes²¹⁴.

A regulamentação do decidido no acórdão do STF veio por intermédio do Provimento 73, editado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ em 28/06/2018, com o intuito de unificar os procedimentos de alteração do prenome e do sexo nos registros de nascimento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (CNJ, 2018). Essa norma exigiu uma série de documentos que não estavam previstos na decisão do Supremo. Entre eles se destacam (art. 4º, §6º) certidões de distribuidores federal e estadual cíveis, criminais e de protestos, além de certidões da justiça eleitoral, do trabalho e militar, de todos os domicílios da pessoa transgênero nos últimos cinco anos antes do requerimento. Alerta ainda que a ausência de qualquer desses documentos “*impede a alteração indicada no requerimento apresentado*” (art. 4º, §8º).

Mais ainda, faculta à pessoa transgênera arquivar no registro civil (art. 4º, §7º) o laudo médico que atestar a transexualidade/travestilidade; o parecer psicológico que atestar a

²¹¹ O acórdão inovou em relação ao pedido original, que abarcava apenas os transexuais, cuja identidade de gênero coincide com a do sexo oposto ao nascimento. Transgênero é considerado um termo mais abrangente, que compreende toda e qualquer identificação de gênero não-binária, o que inclui as identidades travestis ou crossdressers, por exemplo. Para aprofundamento maior, em uma perspectiva psiquiátrica, vide: (SAADEH, 2019), especialmente as pp. 17/20 e 107/108, nas quais são expostas algumas das manifestações das identidades de gêneros.

²¹² A lei argentina é mais ampla porque estabelece como obrigação estatal o acompanhamento médico necessário para eventuais tratamentos de readequação de gênero, além da obrigatoriedade de todas as instituições públicas e privadas prestarem tratamento digno às pessoas transgêneras que ainda não tiverem alterado seu nome nos documentos de identificação (ARGENTINA, 2012).

²¹³ Essa Lei, conhecida como “Lei de Identidade de Gênero”, foi aprovada por ampla maioria nas duas casas legislativas daquele país. No Senado, tradicionalmente tido como mais conservador, os parlamentares trataram desde o início como uma questão de direitos humanos, voltada para uma minoria estigmatizada; portanto, a aprovação foi praticamente unânime (CARDINALI, 2018). Sobre esse tema, é visível o contraste entre a Argentina e o Brasil, que são países em tese muito parecidos, vizinhos de um mesmo continente, ambos submetidos a décadas de crises econômica e a regimes autoritários. A Argentina ainda conta com o grande poder da Igreja Católica que, por vezes influencia as decisões do Governo; porém, o Congresso Nacional Brasileiro, pelas razões expostas anteriormente, permanece com um forte ativismo conservador que combate a pauta de direitos reprodutivos e os das minorias sexuais e de gênero desde a Assembleia Nacional Constituinte.

²¹⁴ Afinal, como ressalta (SAADEH, 2019), despatologizar as identidades trans não significa deixar de cuidar da saúde dessas pessoas. Ao contrário, o objetivo é dar a elas autonomia, uma vez que nem toda assistência médica ou psiquiátrica deve ser considerada patologizante.

transexualidade/travestilidade; e o laudo médico que atestar a realização de cirurgia de redesignação de sexo.

Assim, o procedimento que deveria ser realizado por simples declaração do transgênero, em obediência ao acórdão do STF, foi obstaculizado pela obrigatoriedade de apresentação de diversos documentos. Estes, em última análise, objetivam verificar se as averbações pretendidas não teriam o objetivo de fraudar interesses de terceiros. Esta é a única conclusão cabível quando da análise do extenso rol de certidões de distribuidores das mais variadas justiças especializadas, juntamente com certidões de protestos, exigido por aquela norma. Deve ser lembrado ainda que o total delas pode ser multiplicado por várias vezes, de acordo com o número de residências que o transgênero possuiu nos cinco anos anteriores ao seu requerimento. Por fim, o próprio motivo de serem exigidas essas comprovações merece algum questionamento, uma vez que o mesmo Provimento CNJ 73/2018, no § 9º do art. 4º., prevê que a eventual existência de ações em andamento ou de débitos pendentes não impede a alteração requerida.

A exigência de todos esses documentos pode estar ligada à mentalidade exclusivamente patrimonialista do direito privado da Modernidade. Como se percebe, presume-se que, até prova em contrário, todo aquele que pleiteia essa modalidade de retificação a faz com o intuito de fraudar interesses de terceiros. Nessa visão, são completamente ignorados aqueles argumentos que respaldavam no princípio da dignidade humana a motivação para averbações tão extremas, como o são as de prenome e de sexo. Esse tipo de pensamento, do direito clássico, inverte a lógica de um princípio jurídico basilar: a boa-fé objetiva, princípio que se espalha por todo o ordenamento. Esta não é mera expectativa, mas uma conduta da qual se espera do outro lealdade, coerência e correção (MARTINS-COSTA, 2018). A má-fé, portanto, jamais é presumida. Antes, sua comprovação é um ônus de quem a alega.

Não há por que se recorrer à alegação de “insegurança jurídica” ao se privilegiar a boa-fé do requerente das averbações de sexo e de prenome. É o que afirma (CARVALHO, 2019, p. 106), em trecho escrito anteriormente à publicação do acórdão da ADI 4.275-DF e do Provimento CNJ 73/2018, mas que parece estranhamente atual:

Antes, porém, ressaltamos que é comum no Direito a inversão do princípio da boa-fé. Pensa-se, primeiramente, na utilização indevida das novas conquistas jurídicas e sociais. É necessário afastar esse pensamento, e entender que a regra é a boa-fé e, que se um instituto jurídico não for utilizado devidamente, há meios de correção do equívoco.

Assim, quanto aos argumentos de que alguém poderia pretender a mudança do nome para, por exemplo, fugir de uma condenação criminal ou também para não pagar uma dívida, a questão pode ser facilmente resolvida pelo cadastro de pessoa física (CPF/MF) e da carteira de identidade que permanecerão inalterados. Pelo CPF/MF e pelo registro geral, independentemente do nome e da identidade sexual [a pessoa] poderá ser localizada.

Recorda-se, ainda, em reforço à tese desse autor, que todos os demais dados constantes do registro de nascimento permanecerão inalterados. São os itens previstos no art. 54 da Lei de Registros Públicos, tais como filiação, local de nascimento, nomes dos avós, entre outras informações.

Apesar dessas ponderações, ainda persiste a obrigatoriedade de apresentação dessas certidões ao cartório onde se encontra registrado o nascimento do titular cujos prenome e sexo se pretende alterar.

Como destacado no item 5.1 deste Capítulo, há indícios de que os transgêneros pertençam majoritariamente às camadas economicamente menos favorecidas da população. Esta constatação é coerente com a cis-heteronormatividade predominante na sociedade brasileira, que trata como anormais as pessoas que não se enquadram nessa ordem (como observado na revisão de literatura acerca dos argumentos utilizados para negar a alteração de registro de transexuais). Decorrem a partir daí a marginalização e a segregação social dessas pessoas, redundando, não raras vezes, em episódios de transfobia, caracterizados pelo uso de violência física ou psicológica (CAVICHOLI, 2019).

Pessoas transgêneras vivenciam de várias maneiras sua identidade de gênero em sociedade. A partir do padrão binário feminino/masculino, algumas delas desempenham seus papéis de gênero de forma mais aderente a um desses polos, buscando a chamada “*passabilidade*”. Esta seria a capacidade de se fazer inteligível dentro das normas de gênero. Apesar de não ser o objetivo de todos os transgêneros, existem aqueles que buscam pleno reconhecimento na vivência do gênero oposto (de acordo com binarismo de gênero) ao que lhe foi atribuído no nascimento. Além de ser esta sua identidade de gênero, como no caso dos transexuais, evitam-se constrangimentos ou atos discriminatórios.

A adequação da documentação pessoal, indubitavelmente, é parte do processo de “*passabilidade*”. De outra sorte, a exclusão de processos seletivos de emprego, ou até mesmo de um atendimento decente em lojas de varejo, são automáticos. É o que relata (DUQUE, 2019, p. 136):

Um dos maiores momentos de alegria para Rafaela foi quando entrou em uma loja de sapatos para comprar um presente para o pai. Na ocasião, estava acompanhada da mãe. Segundo ela, foi lindo as duas lá, sendo atendidas como duas mulheres, ‘tudo tão natural, até nos ofereceram sapatos femininos também’. O problema foi quando teve que efetuar o pagamento com o cartão de crédito. Ela foi obrigada a mostrar o documento de identidade (RG) e sofrer com a recusa da compra em um primeiro momento até tudo ser compreendido pela atendente, que não iria vender para quem não era o proprietário do cartão.

A transfobia estrutural da sociedade, aliada à falta de “*passabilidade*”, acarreta dificuldades de as pessoas transgêneras conseguirem espaço no mercado de trabalho formal. Assim, além de não se verem albergadas pelo sistema da Previdência Social, que apenas privilegia o emprego formal, faz todo sentido que sua renda média não seja elevada. Portanto, é efetivamente esperado que essa população se encontre entre as camadas menos favorecidas da sociedade. Essa constatação é coerente, com as ressalvas metodológicas apontadas no item 5.1 deste trabalho, quando cotejada com os resultados obtidos para o censo da população trans realizado no Município de São Paulo (SÃO PAULO (MUNICÍPIO), 2021). Este, como referenciado anteriormente, indicou que 95% das pessoas transgêneras residentes no Município de São Paulo receberam até três salários mínimos no mês anterior ao da pesquisa.

Afinal, a inadequação às convenções cis-heteronormativas tem consequências negativas sobre essas pessoas. O resultado são perdas de oportunidade de emprego e de crescimento profissional. As entrevistas realizadas por (DUQUE, 2019, p. 154) demonstram explicitamente esses efeitos:

Os relatos de discriminação ou até mesmo de violência via os processos de *passabilidade* são inúmeros. Eles apareceram nas entrevistas mesmo não havendo nenhuma pergunta sobre esse tema. Durante o trabalho de campo, também pude ouvir sobre vários acontecimentos violentos ou vexatórios. Eles sempre estavam relacionados com a não *passabilidade*, ou com aqueles *passáveis*, mas que não deixaram, propositalmente, sob segredo os processos que os tornaram “tão femininos” ou tão masculinos”.

A situação socioeconômica dessas pessoas obstaculiza ainda mais a realização de seu processo de averbação de prenome e de sexo no registro civil. Afinal, o Provimento CNJ 73/2018, no seu art. 9º., a despeito da determinação genérica de respeito às gratuidades previstas em lei, não estabeleceu a gratuidade desse procedimento²¹⁵. Antes, mandou seguir as tabelas de emolumentos estaduais. O CNJ, nos casos em quis efetivamente conceder gratuidade, o fez de forma expressa, como no art. 7º. Da Resolução CNJ 35/2007²¹⁶, que trata da lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável.

²¹⁵ Art. 9º Enquanto não editadas, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, normas específicas relativas aos emolumentos, observadas as diretrizes previstas pela Lei n. 10.169, de 29 de dezembro de 2000, aplicar-se-á às averbações a tabela referente ao valor cobrado na averbação de atos do registro civil.

Parágrafo único. O registrador do RCPN, para os fins do presente provimento, deverá observar as normas legais referentes à gratuidade de atos.

²¹⁶ Art. 7º. Para a obtenção da gratuidade pontuada nesta norma, basta a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos, ainda que as partes estejam assistidas por advogado constituído (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

Ao custo da retificação de prenome e de sexo, é somado o das certidões; portanto, o valor mínimo pago pelo procedimento será superior a R\$300,00 para residentes no Município de São Paulo²¹⁷. Apesar de alguns desses documentos serem de emissão gratuita pela Internet, deve-se recordar que o acesso à rede não é democrático no Brasil. Como ilustrado no item 4.3 deste trabalho, levantamento realizado pela Pesquisa TIC Domicílios 2020 demonstrou que, enquanto a totalidade dos domicílios de renda alta tem acesso à Internet, 36% dos lares de pessoas pertencentes às classes D e E não o possuem. Ainda mais porque, para estes, a conexão via celular é a mais relevante (CETIC.BR, 2021). Essa circunstância virtualmente dificulta a emissão dessas certidões, principalmente porque deve ser aliada à necessidade de computador e impressora.

A multiplicidade das tabelas de emolumentos estaduais, aliada ao fato de o requerente ter de apresentar certidões de todos os locais onde teve domicílio nos cinco anos anteriores ao requerimento, acarreta a impossibilidade de se ter um valor final máximo para cada solicitação. Porém, exceto nos casos de gratuidade previstos em leis estaduais, esse dispêndio pode representar um montante efetivamente expressivo para essas pessoas, as quais, frise-se, encontram-se entre as camadas menos favorecidas de nosso país.

A esses obstáculos, somou-se a constatação de que os registradores civis do Estado de São Paulo realizam uma entrevista prévia, não prevista no Provimento CNJ 73/2018, com o requerente. A conversa, que teria o objetivo declarado de verificar a existência de dolo, fraude ou simulação²¹⁸, em conformidade com o Art. 6º. do provimento, atrai para a avaliação subjetiva do Oficial a legitimidade da pretensão de o transgênero alterar seu prenome e sexo. Em última análise, teria o efeito de impedir o procedimento se for verificada, na avaliação do titular do registro civil, eventual “má-fé” do requerente. A existência dessa etapa foi constatada na Sessão de 10/03/2022 pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Violência Contra Pessoas Trans e Travestis, na Câmara Municipal de São Paulo, quando da discussão sobre eventual ocorrência de transfobia no processo de retificação de nomes (CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, 2022).

Ora, a retificação deveria ser de caráter objetivo, com base em declaração da própria pessoa transgênera, de acordo com o decidido na ADI 4.275-DF. Porém, esse procedimento prévio de entrevista dá espaço à subjetividade do oficial do cartório. Sua valoração pode se dar

²¹⁷ Se o transgênero for direto ao cartório onde se encontra seu registro de nascimento, no Município de São Paulo, o valor a ser pago será de R\$162,74 pela retificação, somado a R\$160,80 pelas certidões de protesto, de acordo com as tabelas de emolumentos daquele Estado (ANOREG-SP, 2022).

²¹⁸ Perceba-se novamente o predomínio do pensamento jurídico da Modernidade, com ênfase na exclusiva patrimonialidade das relações jurídicas e na inversão do princípio da boa-fé objetiva.

de acordo com os princípios constitucionais que privilegiam a dignidade da pessoa humana; ou, ao contrário, pode dar vazão a entendimentos semelhantes aos apresentados nos primeiros acórdãos que negavam o direito à averbação de prenome e sexo. Pode adotar, mesmo de maneira não deliberada, o mesmo conteúdo ideológico proposto por (DIP, 2003), como apresentado anteriormente neste capítulo.

5.5 O NOME DA MULHER CASADA E O DA PESSOA TRANSEXUAL SOB A ÓTICA DO DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO

Neste tópico, serão analisados os casos da pessoa transexual e da mulher casada, discutidos neste capítulo, sob a perspectiva do direito da antidiscriminação. Para tanto, lembra-se que há duas modalidades de discriminação tidas como de primeira geração. A direta é a mais conhecida da população, como referenciado no Capítulo 4 anterior deste trabalho. É definida como “*disparate treatment*” no direito norte-americano. Suas características são a intencionalidade, a arbitrariedade, a interpessoalidade e a antijuridicidade de um tratamento dirigido a um grupo, ou a um indivíduo pertencente a um grupo subalternizado. Nos dizeres do Prof. Roger Raupp Rios, “*a discriminação direta se configura, portanto, quando há um tratamento desigual, menos favorável, e endereçado ao indivíduo ou ao grupo, motivado por um critério de diferenciação juridicamente proibido*” (RIOS, 2008, p. 89).

Sua principal diferença para a discriminação indireta (“*disparate treatment*”) é a intenção. Na discriminação direta, a assimetria é estabelecida contra aquele que pertence a um grupo historicamente inferiorizado e tem a voluntariedade do agente como elemento subjetivo de sua conduta. “*A discriminação direta atua mediante o ‘estabelecimento de uma diferenciação com o propósito de prejudicar’*” (RIOS, 2008, p. 89). Como relatado anteriormente, sua repressão obedece à lógica liberal de reduzir ao comportamento individual irracional a responsabilidade pelo comportamento vedado em lei (MOREIRA, 2017). Desconsidera fatores estruturais que permeiam a sociedade e que seriam, na prática, os motores daquela conduta.

Na discriminação indireta, não existe a intenção de prejudicar, explícita na sua modalidade direta. Ou, ao menos, esse intuito não pode ser comprovado de forma cabal em juízo. Seu surgimento, por intermédio de precedentes judiciais norte-americanos, e sua recepção no direito brasileiro, em acórdãos do STF, podem ser encontrados, de forma resumida, no item 4.4 deste trabalho. Naquela oportunidade, foi discutido o possível tratamento discriminatório contra a população idosa quando da execução do Provimento CNJ 100/2020.

Como tratado naquele item, a discriminação indireta é perceptível pelo seu resultado. Por ser ausente a intencionalidade, ou por não se conseguir comprová-la, essa modalidade “é

fruto de medidas, decisões e práticas aparentemente neutras, desprovidas de maior justificação, cujos resultados, no entanto, têm impacto diferenciado perante diversos indivíduos ou grupos, gerando e fomentando preconceitos e estereótipos inadmissíveis do ponto de vista constitucional” (RIOS, 2008, p. 117).

Interessante é perceber que a discriminação indireta não é admissível na ordem jurídica da Modernidade. Esta, recorda-se, tem como destinatário um sujeito abstrato sem qualquer adjetivo. Não haveria motivos, de acordo com aquele pensamento, para serem identificados grupos vulneráveis que possam sofrer efeitos desproporcionais decorrentes de normas ou práticas gerais ou neutras. Ao não possuir gênero, identidade de gênero, raça, etnia ou qualquer característica, o indivíduo moderno é refratário a quaisquer considerações de ordem concreta. Dado o seu insulamento, pode perfeitamente conviver com os princípios formais dos registros públicos, uma vez que sua realidade está a eles restrita.

A repressão à “*disparate impact*” e à “*disparate treatment*”, a seu turno, traz em si a ideia de preservação do princípio constitucional da igualdade, que veda discriminações injustas (RIOS, 2008). Nesse aspecto, apesar das históricas assimetrias de gênero e de raça, entre outras, a igualdade formal, como bússola do ordenamento jurídico, existiu desde a primeira Constituição do Brasil²¹⁹. Mesmo que o conteúdo jurídico desse princípio possa ter sofrido alterações desde então, jamais foi positivada constitucionalmente a escravidão (FREITAS, 1865), ou alguma consideração explícita de que a mulher fosse inferior ao homem²²⁰.

Feitas estas ressalvas metodológicas, é razoável afirmar que as constituições brasileiras não autorizavam explicitamente a discriminação. Ademais, não há por que se falar em anacronismo, uma vez que os temas abordados autorizam a leitura pelas lentes do direito da antidiscriminação como subversão do princípio da igualdade. A obrigatoriedade de a mulher casada abandonar seu sobrenome e assumir o do marido, apenas foi positivada com o Decreto 181, de 1890, e perdurou até a Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977); e seus efeitos se irradiaram até a EC 66/2010. A questão jurídica da imutabilidade do nome, apareceu com o Art. 72 do Decreto 18.542/1928 e, apesar dos efeitos da Constituição de 1988, ainda perdura até hoje²²¹. No caso dos transexuais, a quebra desse princípio, a despeito dos obstáculos comentados no item anterior deste capítulo, apenas foi possibilitada pela ADI 4.275-DF, cuja regulamentação se deu com o Provimento CNJ 73/2018.

²¹⁹ Constituição de 1824, Art. 179, XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

²²⁰ Ao contrário. Nesse sentido, vide as considerações do autor do Código Civil de 1916 sobre a igualdade entre homem e mulher no casamento (BEVILAQUA, 1906).

²²¹ Vide considerações sobre a Lei 14.382, de 27 de junho de 2022, no início deste capítulo.

Como relatado neste capítulo, os mecanismos pelos quais o legislador e os tribunais se manifestaram sobre o nome da pessoa natural para as mulheres casadas e para os transexuais foram diversos. Para uns, era invocado como absoluto o princípio registral da veracidade observado quando do nascimento. A pretensa verdade inscrita na biologia deveria subordinar todas as demais e era imutável para permitir a identificação do indivíduo por toda sua vida, sob o argumento de proporcionar “segurança jurídica”, ainda que fosse contrastante com a verdade concreta da realidade vivida. Para outras, esse discurso da “segurança jurídica” era totalmente abandonado. Irrelevante seria se o nome de solteira e o decorrente do matrimônio forem díspares e não permitissem identificar a mulher casada. Menos ainda se, apurada sua “culpa” pelo término da sociedade conjugal, ela fosse obrigada a retomar o nome de solteira, como que devolvendo algo que não mais lhe pertencia por tê-lo ultrajado. Apesar dos tratamentos desiguais, o que havia em comum entre as duas populações era sua subalternização. Ao cabo, expressaram o mesmo resultado de exclusão do espaço político, uma vez que aquele discurso jurídico tinha destinatários selecionados.

No caso da mulher casada, o instituto jurídico da culpa na dissolução da sociedade conjugal era um instrumento que somente a ela atingia na questão do nome. O marido não adotava seu sobrenome e até recentemente era obrigação dela adotá-lo. De forma contraditória, o mesmo legislador que zelava pelo princípio da inalterabilidade do nome como forma de identificação da “estirpe do indivíduo”, tratava o nome da mulher casada como um instituto tipicamente patriarcal e descartável. Ela recebia obrigatoriamente um novo sobrenome ao se casar e podia perdê-lo ao se separar. Não havia quaisquer questionamentos quanto a eventuais danos à “*segurança jurídica das relações patrimoniais*”²²². Este, lembra-se, é o principal argumento levantado pelos operadores do direito contrários às retificações de nome.

Para o transexual, ao contrário da mulher casada, a verdade imutável do registro deveria persegui-lo por toda vida. Tudo em nome da “segurança jurídica” para ter-se certeza de sua identificação verdadeira. É esta a opinião de (DIP, 2003, p. 54), ao comentar sobre a impossibilidade de a medicina se sobrepor à verdade do registro, no caso dos transexuais que almejam retificação de sexo e de prenome:

“Afinal, a ciência, a medicina, a técnica... tudo isso, e, para mais, o silicone... Pois foi o acadêmico quem começou por dizer: ‘Parece que estamos todos conformes em que

²²² A mulher, na legislação anterior, poderia optar por perder todo o sobrenome de solteira ao se casar e adquirir o do marido. Na separação, retornaria ao de solteira. Atualmente, devido aos sérios problemas de identificação que essa prática ocasionava, as corregedorias estaduais vedam aos registros civis a supressão total do sobrenome de solteiro quando do casamento (vide, por exemplo, item 70 do Capítulo XVII das Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais do Estado de São Paulo (TJSP, 2021)).

o papel do registro é espelhar a verdade. Não seria necessário e sequer conveniente à vida social um registro cuja missão fosse a de inscrever verdades e falsidades propositalmente indistintas ou, até mais, fosse a de registrar mentiras para valerem como ficções’.

Conclui-se, em derradeiro, que existem severos indícios de resultados contraditórios sobre o nome da pessoa natural para essas duas populações. Os operadores do direito aparentemente utilizavam seletivamente os discursos para justificar esses tratamentos díspares. Todavia, não há como efetivamente provar a intenção discriminatória nos julgados, interpretações, prática e leis que produziram esses resultados

Perceba-se que essa mesma situação não era reproduzida para o restante da sociedade. O homem casado nunca foi atingido pela mesma situação de sua esposa, pois mesmo nos dias atuais, que pode adotar o de sua consorte, não pode renunciar integralmente ao sobrenome de solteiro. Mais ainda, se quiser pode manter o nome de casado após o divórcio, pois inexistente a discussão da culpa e a perda automática do nome de casado. Quanto à população cisgênera, inexistente qualquer necessidade semelhante à do transgênero, de alterar nome e sexo no registro civil.

A conclusão possível é que há indícios de impacto desproporcional contra as duas populações pesquisadas no tema do nome civil da pessoa natural. Trata-se da discriminação indireta, a qual pode ser constatada no tratamento desigual a elas conferido, comparativamente ao restante da sociedade, em virtual ofensa ao princípio da igualdade. A disparidade de resultados foi proporcionada pela mesma legislação, a qual pode ser afirmada geral e abstrata.

Como se trata de populações historicamente vulnerabilizadas, pode-se argumentar que esse tratamento desigual foi decorrente da mentalidade do legislador e do aplicador do direito, forjada no mesmo espírito que concebeu o Código Civil de 1916 e que consolidou a legislação de registros públicos em 1928. Porém, ressalta-se, não há como se fazer prova do intuito discriminatório e presume-se que as práticas, decisões e leis são neutras nesse contexto, pois nelas não há o comando explícito de tratar de forma injusta essas populações.

Ressalta-se, por fim, que os tribunais superiores somente vieram a inovar no tema do nome a partir da década que se iniciou em 2000. Foram prolatadas uma série de decisões a partir das quais hoje em dia é possível se afirmar, com muitas reservas, que o princípio é o da “*inalterabilidade relativa do nome*”.

Afinal, o direito ao nome e ao sexo devem ser vistos como um direito da personalidade, ligados à autodeterminação da pessoa. É um corolário indissociável do princípio da dignidade humana. Não mais deveria ser considerado um conceito imutável, ligado a determinadas verdades, e apenas a serviço de uma lógica liberal e patrimonialista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pergunta de pesquisa deste trabalho é a de como o sistema extrajudicial lida com as vulnerabilidades da pessoa em concreto da contemporaneidade, comparativamente ao modelo baseado no sujeito universal dos códigos oitocentistas. A hipótese de pesquisa foi confirmada, diante da constatação de que o pensamento do direito da Modernidade é dominante no discurso dos profissionais desse sistema. Essa forma de pensar o direito é centrada no patrimônio de indivíduos abstratos, característica que exclui a possibilidade de constatação das vulnerabilidades das pessoas reais.

Ao estudar-se o direito moderno, constatou-se que ele é baseado no ideal do indivíduo abstrato e racional, insulado e detentor de uma vontade livre e soberana. Por não ter quaisquer adjetivos, como gênero, raça, origem ou etnia, dada sua abstração, ele é cosmopolita. Pode ser utilizado em todos os sistemas jurídicos de qualquer região do mundo da mesma forma. Ele se torna o “sujeito universal” que unifica todas as epistemologias. Os códigos que dominaram o direito do Século XIX foram construídos a partir desse pressuposto e serviram plenamente para a consolidação do poder da burguesia. O direito privado era exclusivamente centrado no patrimônio e suas características perfazem o paradigma da Modernidade, abstrato, formal e geral.

Todavia, a partir de meados do Século XX, verificou-se a inconsistência desse modelo, pois as pessoas em concreto não são indivíduos abstratos. Nas suas existências, estão submetidas a estruturas assimétricas de poder por viverem em sociedade. No Brasil, a metodologia de direito civil constitucional permitiu a repersonificação do direito privado e a pessoa humana assumiu o vértice do ordenamento jurídico. Por levar ao reconhecimento de suas fragilidades, esse novo paradigma permitiu que o ordenamento jurídico tutelasse as populações vulneráveis, fundamentando-se nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa se dirigiu, então, ao sistema extrajudicial para verificar a qual paradigma seu discurso se filia. A utilização do método da pesquisa histórica permitiu concluir que a estrutura dos registros públicos e tabelionatos permanece inalterada desde seus respectivos surgimentos. O modelo funcional do tabelionato foi replicado para os registros, cujas criações ocorreram em um período no qual o liberalismo ganhava força no Brasil, inclusive inovando no ordenamento jurídico para adequar-se ao capitalismo nascente. Essa característica atravessou décadas e foi resignificada para o contexto do neoliberalismo. A aderência a esse modelo foi identificada diante das formas contemporâneas de atuação dos tabeliães e dos oficiais de registro.

Constatou-se que o discurso da imparcialidade do tabelião é típico do direito moderno, pois adota a ficção de que todos os contratos nos quais ele intervém são paritários. Formalizados

por escrituras, não é possível neles enxergar as vulnerabilidades ou privilégios dos contratantes, pois a crença é a de que apenas existe um indivíduo abstrato em cada polo. Essa conclusão permitiu entender as razões pelas quais se tornaram possíveis episódios como a discriminação indireta contra os idosos, com o advento das escrituras por videoconferência.

O mesmo pode ser afirmado para os registros públicos. Concluiu-se que seu modo de pensar é típico do direito da Modernidade. Ainda é centrado no patrimônio do indivíduo, não na pessoa humana. Essa característica faz com que pleitos existenciais de usuários dos serviços extrajudiciais acabem por se submeter à lógica de mercado, liberal, pois seus pedidos são analisados sob uma ótica estritamente patrimonial, com o intuito de serem evitadas fraudes ou simulações que prejudiquem credores e contratantes. Essa perspectiva ocasionou assimetrias históricas, como as verificadas na questão do nome da pessoa natural para as mulheres casadas e para os transexuais. O tratamento díspar imposto a essas duas populações foi questionado, permitindo a conclusão de que o discurso da segurança jurídica tem raízes discriminatórias, pois era efetivo para alguns, como maneira de ocultar preconceitos, mas era ineficaz para outros.

O tema da discriminação no sistema extrajudicial mereceria continuidade em trabalhos posteriores. Trata-se de assunto pouco estudado, muitas vezes restrito apenas à discriminação direta. Outras modalidades são muito mais danosas e demandam conhecimento aprofundado acerca das estruturas de poder do extrajudicial. Outra possível vertente de estudos pode ter como tema o estudo do impacto da racionalidade neoliberal sobre esse sistema. O neoliberalismo, como se sabe, não é apenas um fenômeno econômico. Ele também cria subjetividades. Todavia, possui um caráter excludente, contrário aos valores da Constituição da 1988, exatamente por ter seus valores guiados pelo mercado, não pelas necessidades reais das pessoas.

O objetivo desta pesquisa foi o proporcionar reflexão crítica acerca de valores que necessitariam ser repensados no extrajudicial. Daí vem o caráter altamente inovador deste trabalho, pois são raras, na área jurídica, análises que pretendam adotar perspectiva crítica sobre tabelionato e registros, mormente escritas por uma pessoa que milita profissionalmente na área.

Por fim, este trabalho ajuda a desmontar o discurso de que os registros públicos e o tabelionato possam ser lugares de realização da cidadania. O exemplo histórico do Ronco das Abelhas, em 1851, já anunciava esses sinais. Longe disso, sua atuação tende a ser contrária, uma vez que o modelo de custeio dessas instituições muitas vezes torna-se o principal obstáculo para materialização de direitos, como se viu na retificação de prenome e de sexo de transgêneros.

Se essas instituições forem imaginadas como espaço de cidadania, trata-se de uma cidadania paga, mediante retribuição financeira, característica que, por si só, é garantia de exclusão de boa parte da população brasileira.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABREU, I. D. D.; BARROS, H. L. D.; FORLENZA, O. V. Demência de Alzheimer: correlação entre memória e autonomia. **Archives of Clinical Psychiatry**, São Paulo, v. 32, p. 131-136, 2005. ISSN 3.
- ADORNO, S. **Os Aprendizizes do Poder: O bacharelismo liberal na política brasileira**. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2019.
- ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.
- ALDEN, D. The Population of Brazil in the Late Eighteenth Century: A Preliminary Study. **Hispanic American Historical Review**, Hurham, 1 maio 1963. 173–205.
- ALMEIDA, C. M. D. **Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado D'El Rey D. Philippe I**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, v. 5, 1870.
- ALMEIDA, S. J. D. A. C. **Do Nome da Mulher Casada: Direito de Família e Direitos da Personalidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ALMEIDA, S. J. D. A. C. E. **Do Nome da Mulher Casada: Direito de família e direitos da personalidade**. 1. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- ALONSO, A. **Ideias em Movimento. A geração 1870 na crise do Brasil-Império**. 1. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- AMARAL, F. **Direito Civil. Introdução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- AMBROSINI, D. R.; FERREIRA, G. N. Elite Política, Abolicionismo e Republicanismo: 1850-1889. In: FERREIRA, G. N.; MOTA, C. G. **Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro (1850-1930)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 199-217.
- ANOREGBR. Cartório em Números 2021. **Anoreg**, 2022. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2021/12/Anoreg_BR-Cartórios-em-Números-2021-3ª-Edição.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.
- ANOREG-SP. Tabelas de Custas e Emolumentos. **ANOREG/SP**, 2022. Disponível em: <<https://www.anoregsp.org.br/paginas/1022/tabelas-custas>>. Acesso em: 06 Jun 2022.
- ANTRABRASIL. Dossiê dos ASSASSINATOS e da violência contra pessoas Trans em 2020. **Antrabrazil**, 2021. Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- AQUINO JUNIOR, G. F. D. A Hipervulnerabilidade do Consumidor de Serviços Digitais. In: EHRHARDT JUNIOR, M.; LOBO, F. **Vulnerabilidade e sua Compreensão no Direito Brasileiro**. 1. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 43-64.

ARENDDT, H. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do Mal.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ARGENTINA. Ley 26.743. Estabélecese el derecho a la identidad de género de las personas. **Buenos Aires Ciudad,** 2012. Disponível em: <https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/ley_26.743_de_identidad_de_genero.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

ARTAUD, A. **Heliogábalos: Ou o Anarquista Coroado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Sistema Solar, 2018.

BACON, F. Nova Atlântida. In: BACON, F. **Bacon.** 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 233-272.

BARBOZA, H. H. Vulnerabilidade e Cuidado: Aspectos jurídicos. In: OLIVEIRA, G. D.; PEREIRA, T. D. S. **Cuidado e Vulnerabilidade.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106-118.

BARROS, H. D. G. **História da Administração Pública em Portugal: Séculos XII a XV.** 1. ed. Lisboa: Typographia Castro Irmão, v. III, 1922.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARTHES, R. **Elementos de Semiologia.** 19. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BEAUVOIR, S. D. **O Segundo Sexo.** 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, v. 2, 2019.

BENTO, B. **O que é transexualidade (Primeiros Passos).** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

BEVILAQUA, C. **Em defeza do Projecto de Código Civil Brasileiro.** 1. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

BEVILAQUA, C. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado.** 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, v. II, 1943.

BEVILAQUA, C. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado.** 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, v. I, 1944.

BICALHO, A. H.; AL, E. Fatores associados à depressão em idoso. **Revista Eletrônica Acervo Saúde,** São Paulo, v. 19, n. 19, p. p. e239, jan. 2019. ISSN 2178-2091.

BOBBIO, N. **Thomas Hobbes.** 1. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOBBIO, N.; MATEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política.** 8. ed. Brasília: Editora UnB, v. 2, 1995.

BODIN DE MORAES, M. C. **Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de Direito Civil-Constitucional.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BODIN DE MORAES, M. C. Vulnerabilidades nas Relações de Família: O problema da desigualdade de gênero. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região**, Porto Alegre, 2010. 20-33.

BOTELHO, T. Registro de Batismos, Casamentos e Óbitos. In: GUIMARÃES, E.; MOTTA, M. **Propriedades e Disputas: fontes para a história do oitocentos**. 1. ed. Niterói: EDUFF, 2011. p. 241-246.

BOTO, C. A dimensão iluminista da reforma pombalina dos estudos: das primeiras letras à universidade. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, maio/ago. 2010. 282-299.

BRASIL. Lei s/n de 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguesa. **Câmara dos Deputados**, 1823. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anterioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html>. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL IMPÉRIO. **Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1837**. 1. ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, v. 3, 1861.

BREST, P.; LEVINSON, S.; BALKIN, J. M. **Process of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials**. New York: Walters Kluwers, 2018.

BUTLER, J. **Deshacer el género**. 1. ed. Barcelona: Paidós, 2006.

BUTLER, J. **Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade**. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

BUTLER, J. **Quadros de Guerra. Quando a vida é passível de luto?** 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

BUTLER, J. **Corpos que importam. Os Limites Discursivos do Sexo**. 1. ed. São Paulo: N-1 edições, Crocodilo, 2021.

CABRAL, G. C. M. **Ius Commune. Uma introdução à história do direito comum do Medievo à Idade Moderna**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CAENEGEM, R. C. V. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. 2. ed. Sao Paulo: Martins Fontes, 2000.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei PL 5643/2009. **Câmara dos Deputados**, 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=717451&filename=Tramitacao-PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+5643/2009>. Acesso em: 15 jul. 2022.

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. CPI da Violência Contra Pessoas Trans e Travestis. **Câmara Municipal de São Paulo**, 2022. Disponível em: <<https://youtu.be/WJILLKNPOIY>>. Acesso em: 10 Jun 2022.

CARDINALI, D. C. **A Judicialização dos Direitos LGBT no STF: Limites, Possibilidades e Consequências**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

CARNEIRO, L. Estudo Crítico-Biográfico. In: FREITAS, A. T. D. **Código Civil: Esboço**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, v. 1, 1952. p. XI – XVII.

CARVALHO, J. M. D. **A Construção da Ordem: a elite política imperial**. Teatro de Sombras: a política imperial. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

CARVALHO, N. T. **Redesignação de Sexo e a Desnecessidade de Judicialização para Retificação do Registro de Nascimento**. 1. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019.

CASTRO, F. L. D. **História do Direito. Geral e Brasil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

CASTRO, H. M. M. D. **Ao Sul da História: Lavradores pobres na crise do trabalho escravo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

CASTRO, P. R. D. **Galo Cantou!:** a conquista da propriedade pelos moradores do Cantagalo. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2011.

CAVICHIOLO, A. **Uma história de extermínio transfóbico no Brasil: a disputa de nomeação do assassinato da travesti Dandara Katheryn**. Brasília: Tese (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania), Universidade de Brasília, 2019.

CETIC.BR. Pesquisa TIC Domicílios 2020. **CETIC.BR**, 2021. Disponível em: <<https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/>>. Acesso em: 09 out. 2021.

CHALHOUB, S. **A Força da Escravidão: Ilegalidade e Costume no Brasil Oitocentista**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

CIRNE LIMA, R. **Pequena História Territorial do Brasil: Sesmarias e Terras Devolutas**. 4. ed. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990.

CLAM, C. L.-A. E. S. E. D. H. Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. **CLAM**, 2006. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2021.

CNJ. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS : PP 0001459-08.2016.2.00.0000. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJ: 26/06/2018. **Infojuris**, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=51260&i>>. Acesso em: 27 jul. 2022.

CNJ. Provimento 73. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). **CNJ**, 2018. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

CNJ. Recomendação Nº 46, de 23/06/2020. Dispõe sobre medidas preventivas para que se evitem atos de violência patrimonial ou financeira contra pessoa idosa, especialmente vulnerável no período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN). **CNJ**, 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3361>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

CNJ. Concursos para cartórios vão adotar reserva de vagas para pessoas negras. **Agência CNJ de Notícias**, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/concursos-para-cartorios-vaoadotar-reserva-de-vagas-para-negros/>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

CNJ. Provimento Nº 100. Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências. **CNJ**, 2021. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

CNJ. Recomendação Nº 47 de 12/03/2021. Dispõe sobre medidas preventivas para que se evitem atos de violência patrimonial ou financeira contra pessoa idosa, especialmente vulnerável, no âmbito das serventias extrajudiciais e da execução dos serviços notariais. **CNJ**, 2021. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3361>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

CNJ. Justiça Aberta. **CNJ**, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/?>. Acesso em: 13 fev. 2022.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL, S. S. P. Jornal do Notário. **Colégio Notarial do Brasil - Seção São Paulo**, 2020. Disponível em: <<https://www.cnbsp.org.br/modulos/241/revistas>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

COLLINS, H. **The Law of Contract**. 4. ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

COMASSETTO, M. S. **A Função Notarial como Forma de Prevenção de Litígios**. 1. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2002.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraivajur, 2019.

COSTA, E. V. D. **Da Monarquia à República. Momentos decisivos**. 9. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

COSTA, M. J. D. A. **História do Direito Português**. 5. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

DERRIDA, J. **Posições**. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.

DIP, R. **Notas sobre Notas (E outras notas)**. 1. ed. São Paulo: Editorial Lepanto, 2018.

DIP, R. H. M. **Registros Públicos (Trilogia do Camponês de Andorra)**. 1. ed. Campinas: Millennium Editora, 2003.

DIP, R. H. M. **Notas Sobre Notas (e outras notas)**. 1. ed. São Paulo: Editorial Lepanto, v. Tomo I, 2018.

DUPAS, G. **O Mito do Progresso: ou o progresso como ideologia.** 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

DUQUE, T. **Gêneros Incríveis: Um estudo sócio-antropológico sobre as experiências de (não) passar por homem e/ou mulher.** 1. ed. Simões Filho: Editora Devires, 2019.

DYER, R. **Gays and Film.** 1. ed. Londres: British Film Institute, 1977.

EHRHARDT JUNIOR, M.; LOBO, F. **Vulnerabilidade e sua Compreensão no Direito Brasileiro.** Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

EISENBERG, P. L. **Modernização sem Mudança. A indústria açucareira em Pernambuco 1840-1910.** 1. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

EL DEBS, M.; FERRO JUNIOR, I. G.; SCHWARZER, M. R. **O Registro Civil das Pessoas Naturais: temas aprofundados.** 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FACHIN, E. **Questões do Direito Civil Contemporâneo.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, L. E. **Teoria Crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, L. E. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, L. E. **Direito Civil. Sentidos, transformações e fim.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FALCON, F. J. C. Da Ilustração à Revolução: percursos ao longo do espaço-tempo setecentista. **Acervo - Revista do Arquivo Nacional**, Rio de Janeiro, jan-jun 1989. 53-87.

FALCON, F. J. C. **Iluminismo.** 4. ed. São Paulo: Ática, 2002.

FAORO, R. **Os Donos do Poder. Formação do patronato político brasileiro.** 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

FARIAS, C. C. D.; BRAGA NETTO, F. P.; ROSENVALD, N. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** 4. ed. São Paulo: Saraivajur, 2019.

FAUSTO, B. **História do Brasil.** 12. ed. São Paulo: Edusp, v. 1, 2006.

FERNANDES, C. P. **Contratos: Eficácia e relatividade nas coligações contratuais.** São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

FERNANDES, J. D. S. G.; DE ANDRADE, M. S. Revisão sobre a doença de Alzheimer: diagnóstico, evolução e cuidados. **Psicologia, saúde e doenças**, Brasília, v. 18, p. 131-139, 2017. ISSN 1.

FERREIRA, N. M. **O Nome Civil e Seus Problemas.** 1. ed. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1952.

FGV-IBRE. Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getulio Vargas. Insegurança alimentar no Brasil. FGV, 2021. Disponível em: <<https://ibre.fgv.br/blog-da-conjuntura-economica/artigos/em-foco-14>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

FOUCAULT, M. **História da Sexualidade I: A vontade de Saber**. 12. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1997.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

FOUCAULT, M. **Genealogia del Racismo**. 1. ed. La Plata: Editorial Altamira, 2005.

FOUCAULT, M. **Security, Territory, Population. Lectures at the Collège de France 1977-1978**. 1. ed. New York: Picador, 2007.

FOUCAULT, M. **História da Sexualidade 2: O Uso dos Prazeres**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, v. 2, 2020.

FOUCAULT, M. **Nascimento da Biopolítica**. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2021.

FRANÇA. **Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses (Trad)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1962.

FRANÇA, R. L. **Do Nome Civil das Pessoas Naturais**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964.

FREITAS, A. T. D. **Consolidação das Leis Civis: Publicação Autorizada pelo Governo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Lemmert, 1865.

FREITAS, A. T. D. **Código Civil: Esboço**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, v. I, 1952.

FROTA, N. A. F. E. A. Critérios para o diagnóstico de doença de Alzheimer. **Dementia & Neuropsychologia**, São Paulo, v. 5, p. 5-10, 2011. ISSN 1.

FUSTEL DE COULANGES, N. D. **A Cidade Antiga: Estudos sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Hemus, 1975.

GILLMAN, H. **The Constitution Besieged. The rise and demise of Lochner Era police powers jurisprudence**. 1. ed. Durham/NC: Duke University Press, 1993.

GOMES, O. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, A. I. Q. **O Regramento Jurídico das Sesmarias**. 1. ed. São Paulo: Leud, 2014.

GRAÇA FILHO, A. D. A.; LIBBY, D. C. As diversas fontes documentais das alforrias: as alforrias batismais, as alforrias notariais, as alforrias em sisas e as testamentais em São João Del Rey, Séculos XVIII e XIX. In: GUEDES, R.; FRAGOSO, J. **História Social em Registros Paroquiais (Sul-Sudeste do Brasil, Séculos XVIII e XIX)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Mauad Editora, 2016. p. 11-37.

- HALL, S. **Cultura e Representação**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2016.
- HALL, S. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2020.
- HESPANHA, A. M. Depois do Leviathan. **Almanack Braziliense**, São Paulo, maio 2007. 55-66.
- HESPANHA, A. M. **Caleidoscópio do Antigo Regime**. 1. ed. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2012.
- HESPANHA, A. M. **Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milênio**. 1. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019.
- HOBBSAWN, E. **Nações e Nacionalismo desde 1780: Programa, Mito e Realidade**. São Paulo: Paz e Terra, 2013.
- HOLANDA, S. B. D. **História Geral da Civilização Brasileira. A época colonial**. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, v. 2, 2011.
- HORKHEIMER, M. **Eclipse da Razão**. São Paulo: Editora Unesp, 2015.
- HUNT, L. **A Invenção dos Direitos Humanos: Uma história**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- INTERDONATO, G. L.; QUEIROZ, M. C. D. **"Trans-Identidade": A Transexualidade e o Ordenamento Jurídico**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2017.
- KANT, I. **O que é Esclarecimento?** 1. ed. Rio de Janeiro: Via Verita, 2013.
- KELLY, J. M. **Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.
- KLARMAN, M. J. **From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality**. 1. ed. New York: Oxford University Press, 2004.
- KOSELLECK, R. **Crítica e Crise**. 1. ed. Belo Horizonte: Contraponto, 1999.
- LACERDA, M. B. **O Novo Conservadorismo Brasileiro: De Reagan a Bolsonaro**. 1. ed. Porto Alegre: Zouk, 2019.
- LACERDA, P. **Código Civil Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1919.
- LAGO, I. J. D. **História do Registro de Imóveis**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- LAVAL, C. **Foucault, Bourdieu e a Questão Neoliberal**. 1. ed. São Paulo: Elefante, 2020.
- LEMOS, M. S. Por que Riobaldo não pôde viver o amor por Reinaldo/Diadorim? A transexualidade no contexto brasileiro. In: SANTOS, A. M. D., et al. **População LGBT+**.

Demandas e necessidades para a produção de cuidado. 1. ed. Salvador: EDUFBA, 2021. p. 25-50.

LIMONGI FRANÇA, R. **Do Nome Civil da Pessoa Natural.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

LOBO, F. A.; COSTA, C. C. R. B. A Proteção Jurídica da Hipervulnerabilidade do Idoso Superendividado. In: EHRHARDT JUNIOR, M.; LOBO, F. A. **Vulnerabilidade e sua Compreensão no Direito Brasileiro.** 1. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 65-95.

LÔBO, P. Vulnerabilidade Jurídica do Contratante. In: EHRHARDT JUNIOR, M.; LOBO, F. **Vulnerabilidade e sua Compreensão no Direito Brasileiro.** 1. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 1-15.

LOPES, J. R. D. L. **O Direito na História: Lições Introdutórias.** 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

LYOTARD, J.-F. **A condição pós-moderna.** 12. ed. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2009.

MACHADO, J. D. O. **Novíssima Guia Prática dos Tabelliães ou o Notariado no Brazil e a Necessidade de sua Reforma.** 2. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1904.

MADALENO, R. A Alienação Parental do Idoso. In: TEIXEIRA, A. C. B.; MENEZES, J. B. D. **Gênero, Vulnerabilidade e Autonomia. Repercussões jurídicas.** 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 395-402.

MARTINS-COSTA, J. **A Boa-Fé no Direito Privado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARX, K. **O Capital. Crítica da economia política.** 1. ed. São Paulo: Boitempo, v. I, 2013.

MATTIETTO, L. D. A. O Papel da Vontade nas Situações Jurídicas Patrimoniais: O negócio jurídico e o novo Código Civil. In: FACHIN, L. E.; TEPEDINO, G.; BODIN DE MORAES, M. C. **Diálogos sobre Direito Civil. Construindo a racionalidade contemporânea.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23-39.

MAXWELL, K. **Marquês de Pombal: paradoxo do Iluminismo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

MELO, M. Guerra dos Maribondos. **Revista do Instituto Archeologico, Histórico e Geográfico Pernambucano,** Recife, Janeiro a Dezembro 1920. 38-47.

MENDES, F. A. **Da Tradição Coimbrã ao Bacharelismo Liberal. Como os bacharéis em direito inventaram a nação no Brasil.** 1. ed. Jundiaí: Paco Editorial, 2021.

MENEZES, J. B. D.; CICCIO, M. C. D.; RODRIGUES, F. L. L. **Direito Civil na Legalidade Constitucional: Algumas aplicações.** 1. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

MISQUIAT, D. F. O Notário a Serviço da Sociedade. **Revista de Direito Notarial,** São Paulo, fevereiro 2018. 101-118.

MORAES, M. C. B. D. Sobre o Nome da Pessoa Humana. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, p. 48-74, 2000. ISSN 12.

MOREIRA, A. J. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2020.

MOREIRA, J. **O que é Discriminação?** Belo Horizonte: Editora Letramento, 2017.

MOTA, C. G. Do Império Luso-Brasileiro ao Império Brasileiro. In: MOTA, C. G. **Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro. Século XVI a 1850**. 1. ed. São Paulo: Quatier Latin, v. I, 2006. p. 21-146.

MOTA, C. G. Introdução Geral: Para uma perspectiva histórica. In: FERREIRA, G. N.; MOTA, C. G. **Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro (1850-1930)**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 15-126.

MOTTA, M. M. M. **Nas Fronteiras do Poder. Conflito e direito à terra no Brasil do Século XIX**. 1. ed. Rio de Janeiro: Arquivo Público do Estado do Rio de Janeiro, 1998.

MOTTA, M. M. M. Teixeira de Freitas: Da Posse e do Direito de Possuir. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, Dezembro 2005. 249-270.

MOTTA, M. M. M. **Direito à Terra no Brasil: A gestação do conflito (1795-1824)**. 2. ed. São Paulo: Alameda, 2012.

NABUCO, J. **Um Estadista do Império**. 5. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, v. 1, 1997.

NEGREIROS, T. **Teoria do Contrato: Novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOBRE, M. **A Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2014.

OLIVEIRA, M. L. F. D. Resistência Popular contra o Decreto 798 ou a "Lei do Cativo": Pernambuco, Paraíba, Alagoas, Sergipe, Ceará, 1851-1852. In: DANTAS, M. D. **Revoltas, Motins, Revoluções**. 2. ed. São Paulo: Alameda, 2018. p. 393-427.

OMS, O. M. D. S. ICD-10 Version:2016. **OMS**, 2021. Disponível em: <<https://icd.who.int/browse10/2016/en#/F64.0>>. Acesso em: 23 maio 2021.

PACHECO, J. **O Código Civil na Câmara dos Deputados**. 1. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

PALACIOS, G. **Campesinato e Escravidão no Brasil: Agricultores livres e pobres na Capitania Geral de Pernambuco (1700-1817)**. 1. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

PEREIRA, L. R. **Direito das Cousas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.

PEREIRA, T. D. S.; LEAL, L. T. É Possível Aplicar ao Idoso a Mesma Solução do "Abandono Afetivo"? In: TEIXEIRA, A. C. B.; MENEZES, J. B. D. **Gênero, Vulnerabilidade e Autonomia. Repercussões Jurídicas**. 1. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 419-432.

PERLINGIERI, P. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, P. P. **Direito Digital**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POISL, C. L. **Em Testemunho da Verdade. Lições de um notário**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

PORTUGAL (REINO). **Ordenações Afonsinas**. 1. ed. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, v. IV, 1984.

POUSADA, E. L. R. **Preservação da Tradição Jurídica Luso-Brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

RAYMOND, J. G. **The Transsexual Empire - The Making of the She-Male**. 2. ed. Boston: Teachers College Press, 1994.

RIOS, R. R. **Direito da Antidiscriminação. Discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

RODRIGUES JÚNIOR, O. L. **Direito Civil Contemporâneo. Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

RODRIGUES, A. C. **Projecto do Código Civil Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893.

RODRIGUES, C. Sepulturas e sepultamentos de protestantes como uma questão de cidadania na crise do Império (1869-1889). **Revista de História Regional**, Ponta Grossa, Verão 2008. 23-38.

ROLNIK, R. **Territórios em Conflito: São Paulo: Espaço, História e Política**. 1. ed. São Paulo: Três Estrelas, 2017.

SÁ NOGUEIRA, B. D. **Tabelionato e Instrumento Público em Portugal. Gênese e Implantação (1212-1279)**. 1. ed. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2008.

SAADEH, A. **Como Lidar com a Disforia de Gênero (Transexualidade): Guia Prático para Pacientes, Familiares e Profissionais de Saúde**. 2. ed. São Paulo: Hogrefe, 2019.

SAMARA, E. D. M. **A Família Brasileira**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SANTIROCCHI, Í. D. O Matrimônio no Império do Brasil: Uma questão de Estado. **Revista Brasileira de História das Religiões**, São Paulo, Janeiro 2012. 81-122.

SANTOS, F. B. D. Revolta do ronco da Abelha. **Mundo Educação**, 2020. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/historiadobrasil/revolta-ronco-abelha.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

SÃO PAULO (ESTADO). Secretaria da Educação. Chip de internet: estudantes já podem manifestar interesse de participação. **saopaulo.sp.gov.br**, 2021. Disponível em:

<<https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/orgaos-governamentais/secretaria-da-educacao/chip-de-internet-estudantes-ja-podem-manifestar-interesse-de-participacao/>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

SÃO PAULO (ESTADO). Tabela de Emolumentos de São Paulo. **Colégio Notarial do Brasil - Seção São Paulo**, 04 jan. 2022. Disponível em: <<https://www.cnbsp.org.br/modulos/802/tabelas-emolumentos>>. Acesso em: 13 fev. 2022.

SÃO PAULO (MUNICÍPIO). Centro de Estudo de Cultura Contemporânea. Mapeamento das Pessoas Trans no Município de São Paulo, Janeiro de 2021. **Cidade de São Paulo**, 2021. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/LGBT/AnexoB_Relatorio_Final_Mapeamento_Pessoas_Trans_Fase1.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

SARMENTO, D. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020.

SCHIOPPA, A. P. **História do Direito na Europa**: da Idade Média à Idade Contemporânea. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SCHRAMM, F. R. Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. **Revista Bioética**, Brasília, v. 16, p. 11-23, 2008. ISSN 1.

SCHREIBER, A. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SEARS, C. **Arresting Dress**: Cross-dressing, Law and Fascination in Nineteenth-Century San Francisco. 1. ed. Durham: Duke University Press, 2015.

SENADO. Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional. **Agência Senado**, 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

SENADO FEDERAL. **Diário da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa. Império do Brasil - 1823**. Brasília: Edições do Senado Federal, v. II, 2003.

SENADO IMPERIAL. **Annaes do Senado do Império do Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Secretaria Especial de Editorações e Publicações, v. 8, 1843.

SENADO IMPERIAL. **Annaes do Senado do Império do Brasil**. 1. ed. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, v. 6, 1850.

SENADO IMPERIAL. **Annaes do Senado do Império do Brasil**. 1. ed. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, v. 3, 1870.

SENADO IMPERIAL. **Annaes do Senado do Império do Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Secretaria Especial de Editorações e Publicações, v. 4, 1873.

SERPA LOPES, M. M. **Tratado dos Registros Públicos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, v. 1, 1962.

SERRÃO, J. V. **O Rio de Janeiro no Século XVI**. 1. ed. Rio de Janeiro: Andrea Jakobsson Estudio, 2008.

SESC/SP. Pesquisa Idosos no Brasil – 2ª Edição 2020. **SESC SP**, 2020. Disponível em: <https://www.sescsp.org.br/online/artigo/14626_PESQUISA+IDOSOS+NO+BRASIL+2+ED+ICAO+2020>. Acesso em: 28 nov. 2021.

SILVA, L. O. **Terras Devolutas e Latifúndio. Efeitos da Lei de 1850**. 2. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2008.

SILVA, L. O. **Terras Devolutas e Latifúndio: efeitos da lei de 1850**. 2. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2008.

SILVA, M. A. B. Lei de Terras de 1850: lições sobre os efeitos e os resultados de não se condenar “uma quinta parte da atual população agrícola”. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, Jul-Dez 2015.

SILVA, N. J. E. G. D. **História do Direito Português: Fontes de Direito**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

SILVA, R. M. **Da Justiça Civil à Inquisição: A Trajetória de um Artesão no Mundo Luso-Brasileiro do Antigo Regime (1740-1753)**. 1. ed. Brasília: Senado Federal, 2018.

SILVA, T. T. D.; HALL, S.; WOODWARD, K. **Identidade e Diferença: A perspectiva dos Estudos Culturais**. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

SOARES, Á. T. **O Marquês de Pombal**. 1. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

SOCIAL, F. Qual foi o impacto da crise sobre a pobreza e a distribuição de renda? **FGV Social**, 2018. Disponível em: <<https://cps.fgv.br/Pobreza-Desigualdade>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

SOUZA, A. P. D. et al. **Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas**. 1. ed. São Paulo: FGV EESP Clear (e-book), 2020.

STF. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : MC na ADI 1378 ES. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 30/11/1995. **STF**, 1995. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347013>>. Acesso em: 28 jul. 2022.

STF. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI-MC 1946 DF. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ: 29/04/1999. **STF**, 1999. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>>. Acesso em: 28 jul. 2022.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 201819 RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 11/10/2005. **STF**, 2005. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>>. Acesso em: 24 jul. 2022.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 201819-8 RJ. Relatora: Ministra Elloen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 11/10/2005. **STF**, 2005. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 28 jul. 2022.

STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL : ADPF 291 DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ: 28/10/2015. **STF**, 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>>. Acesso em: 29 jul. 2022.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 4275 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Redator do Acórdão: Ministro Edson Fachin. DJ: 01/03/2018. **STF**, 2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 15 maio 2022.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 4275 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Edson Fachin. DJ: 01/03/2018. **2018**, 2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 31 jul. 2022.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 5543 DF. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ: 11/05/2020. **STF**, 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>>. Acesso em: 30 jul. 2022.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 33855 SP. Relator Ministro Barros Monteiro. 22/11/1994. **STJ**, 1994. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199300095668&dt_publicacao=13-03-1995&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 25 nov. 2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 57007 RJ 94/0035368-5. Relator: Ministro Costa Leite. DJ: 14/08/1995. **STJ**, 1995. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400353685&dt_publicacao=18-12-1995&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 30 jul. 2022.

STJ. RECURSO ESPECIAL REsp 358598 PR. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ: 17/09/2002. **STJ**, 2002. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=366742&num_registro=200101378194&data=20021202&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 1008398 SP 2007/0273360-5. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 15/10/2009. **STJ**, 2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=920837&num_registro=200702733605&data=20091118&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 24 nov. 2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 1008398 SP 2007/0273360-5. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 15/10/2009. **STJ**, 2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=920837&num_registro=200702733605&data=20091118&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 24 nov. 2021.

al=920837&num_registro=200702733605&data=20091118&formato=PDF>. Acesso em: 16 maio 2022.

STJ. RECURSO EM HABEAS CORPUS : RHC 75768 RN (2016/0238625-5. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. DJ: 12/08/2017. **STJ**, 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71143348&num_registro=201602386255&data=20170911&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 13 fev. 2022.

STJ. STJ. **RECURSO ESPECIAL**: REsp 1732807 RJ. Relatora Ministra Nancy Andrichi. DJ: 14/08/2018, 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1736193&num_registro=201800727489&data=20180817&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 28 nov. 2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 1648858 SP. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ 20/08/2019. **STJ**, 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1853577&num_registro=201700118933&data=20190828&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 1724718 MG. Relatora Ministra Nancy Andrichi. DJ 22/05/2021. **STJ**, 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1717035&num_registro=201400334177&data=20180529&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 1873918 SP. Relatora Ministra Nancy Andrichi. DJ 02/03/2021. **STJ**, 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2027110&num_registro=201902397287&data=20210304&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2021.

STRYKER, S. **Transgender History**: The Roots of Today's Revolution. 2. ed. New York: Seal Press, 2017.

TEIXEIRA, A. C. B.; MENEZES, J. B. D. Apresentação. In: TEIXEIRA, A. C. B.; MENEZES, J. B. D. **Gênero, Vulnerabilidade e Autonomia**: Repercussões jurídicas. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. p. V-VIII.

TEIXEIRA, A. C. B.; MENEZES, J. B. D. Reflexões sobre o conteúdo Diferenciado do Princípio do Melhor Interesse Quando Aplicável ao Idoso. In: TEIXEIRA, A. C. B.; MENEZES, J. B. D. **Gênero, Vulnerabilidade e Autonomia**: Repercussões Jurídicas. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 351-370.

TEIXEIRA, A. C. B.; RIBEIRO, G. P. L. Procurador para Cuidados de Saúde do Idoso. In: PEREIRA, T. D. S.; OLIVEIRA, G. D. **Cuidado e Vulnerabilidade**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 1-16.

TEIXEIRA, F. D. B. **Dispositivos de Dor: Saberes-Poderes que (Con)formam as Transexualidades**. 1. ed. São Paulo: Annablume, 2013.

TELAROLLI, R. **Eleições e Fraudes Eleitorais na República Velha**. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

TEPEDINO, G. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In: TEPEDINO, G. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 199-215.

TEPEDINO, G. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, G. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, G. Notas Esparsas sobre o Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: MENEZES, J. B. D.; CICCIO, M. C. D.; RODRIGUES, F. L. L. **Direito Civil na Legalidade Constitucional: Algumas aplicações**. 1. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 205-218.

TIZIANI, M. G. Uma Breve História do Registro Civil Contemporâneo. **Portal do Registro de Imóveis**, 2016. Disponível em: <<https://portaldori.com.br/2016/10/11/artigo-uma-breve-historia-do-registro-civil-contemporaneo-por-marcelo-goncalves-tiziani/>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

TJPR. APELAÇÃO CÍVEL : AC 300198 PR. Relator: Osiris Fontoura. DJ: 08/11/1994. **JusBrasil**, 1994. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4044876/apelacao-civel-ac-300198>>. Acesso em: 26 nov. 2021.

TJRJ. Apelação Cível : Apelação 00015645919938190000 199300106617. Relator: Desembargador Geraldo Batista. DJ: 18/03/1997. **DJERJ**, Rio de Janeiro, 24 abr. 1997.

TJSC. APELAÇÃO CÍVEL : n. 006690-70.2012.8.24.0005. Relator: Desembargador Domingo Paludo. DJ: 25/08/2016. **TJSC**, 2016. Acesso em: 27 abr. 2022.

TJSP. APELAÇÃO CÍVEL : Ap 218.916-1/9. Relator: Desembargador Cunha Cintra. DJ 01/12/1994. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 714, Abr 1995. 125.

TJSP. Portal do Extrajudicial. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, 2002. Disponível em: <<https://extrajudicial.tjsp.jus.br/pexPtl/jsp/pcorTabela1.html>>. Acesso em: 28 jul. 2022.

TJSP. Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais do Estado de São Paulo. **TJSP**, 2021. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/NormasExtrajudiciais>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

VAMPRÉ, S. **Do Nome Civil (Sua origem e significação sociológica; teorias que o explicam; suas alterações; direitos e deveres correlativos)**. 1. ed. Rio de Janeiro: F. Briguet & Cia, 1935.

VARELA, L. B. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna: Um estudo de história do direito brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VARGAS, F. G. Qual foi o impacto da crise sobre a pobreza e a distribuição de renda? **FGV Social**, 2019. Disponível em: <<https://cps.fgv.br/Pobreza-Desigualdade>>. Acesso em: 04 jul 2021.

VENÂNCIO FILHO, A. **Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2012.

VENOSA, S. D. S. **Direito Civil: Direito de Família**. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, v. 5, 2001.

VIEIRA, O. V. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. **SUR - Revista internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, 2007. 28-51.

VILLEY, M. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

VUNESP. I CONCURSO DE OUTORGA DO ESTADO DE ALAGOAS. **Fundação Vunesp**, 2019. Disponível em: <<https://www.vunesp.com.br/tjal1901>>. Acesso em: 12 fev 2022.

WATANABE, C.; CAIRES, É. T.; NALINI, J. R. **Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, v. 3, 2021.

WEBER, M. **Ciência e Política: Duas Vocações**. 11. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1999.

WEBER, M. **Economia e Sociedade**. 1. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 2, 1999.

WEBER, M. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. 15. ed. São Paulo: Editora Pioneira, 2000.

WEHLING, A.; WEHLING, M. J. **Direito e Justiça no Brasil Colonial. O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WIEACKER, F. **História do Direito Privado Moderno**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

YIN, R. K. **Pesquisa Qualitativa. Do início ao Fim**. 1. ed. Porto Alegre: Penso, 2016.

ZIDAN, M. E. A. Alterações motoras e funcionais em diferentes estágios da doença de Alzheimer. **Archives of Clinical Psychiatry**, São Paulo, v. 39, p. 161-165, 2012. ISSN 5.